

論
説

人文主義法学時代の分割所有権論の一端 (二)

——アントワーン・フアーヴルの分割所有権論批判を出発に——

田 中 実

一 はじめに (前号)

二 フアーヴル『市民法推測論』 (第一節から第一七節まで、本号)

二 フアーヴル『市民法推測論』

フアーヴルの代表作『市民法推測論』⁽²²⁾の第二〇卷第一章は、「法務官法上の所有権と市民法上の所有権、本来(上級)所有権と準(下級)所有権との区別について」を扱っている。ここでは、本文を文節に従い全訳するが、内容理解のために特に重要なローマ法文や中世法学の議論は本文途中で扱い、その他の必要な知識は後注に整理することにしよう。

第二〇卷第一章

法務官法上の所有権と市民法上の所有権、本来（上級）所有権と準（下級）所有権との区別について
 要旨⁽²³⁾

- 一 対物訴権は本来訴権または準訴権であること。
- 二 誰が法務官法上の所有権者という呼称を有するのか。
- 三 誰に準取戻訴権が与えられるのか。
- 四 地上物および地上権の設定された建物とはいかなるものか。
- 五 永借権の設定された土地とウエクティールガル負担の土地とは異なること。
- 六 これらの名称をトリボーニアースは混同していたこと。
- 七 「永借権の設定された」という概念は誰が作りいかなる性質を有しているのか。
- 八 臣下つまり封臣および彼が起こすフェローニア（誠実義務違背）について。
- 九 封は多くの点で永借権に類似していること。
- 一〇 いかなる土地が、アロディアリア（完全私有地）と言われるのか。
- 一一 所有権を本来所有権と準所有権に区別することは、「後に」捏造されたものであること。
- 一二 解釈学者たちが準所有権と称しているものと法務官法上の所有権とは何ら共通点がないこと。
- 一三 D. 39, 2, 15, 26 の判断
- 一四 この法文に対して解釈学者たちが俗に（中世法学の伝統に従い）なす説明が論駁される。
- 一五 上の区別を支持するものとして提示される D. 21, 2, 66 に関して解答される。

一六 プーブリキウス訴権、セルウィウス訴権、ウエクティーガル負担の土地について付与された訴権（ウエクティーガル対物訴権）、いずれによつても占有は奪われるが所有権は決して奪われないこと。

一七 いかなる観点で準対物訴権と呼ばれるか。

一八 永借権者、地上権者、ウエクティーガル負担の土地の占有者および封臣は、準（下級）所有権さえも有していないこと。

一九 ウエクティーガル負担の土地は、永続的に賃借した者によつても、またいかなる善意の買主によつても、使用取得されえないこと。

二〇 しかし、この土地のために、善意の買主には、プーブリキウス訴権が帰属していること。

二一 ウエクティーガル負担の土地は、使用取得されず、また長期間によつて時効取得されもしなかったこと（*non magis longo tempore praescribi quam usucapi potuisse*）。

二二 上述の D. 39, 2, 15, 26 について解答される。

二三 本来取戻訴権は、永借地、ウエクティーガル負担の土地または地上権の設定された建物のある土地を、永続的に用益賃貸した所有権者に、与えられていること。⁽²⁵⁾

一⁽²⁶⁾ 特定の名称で、ウィンディカーティオ Vindicatio やペティーティオー Petitio と呼ばれる対物訴権は二種類あり、一つは本来訴権で、いま一つは準訴権である。⁽²⁷⁾ 本来訴権は、市民法上または万民法上の所有権者にのみ与えられる（D. 6, 1, 23 pr.）⁽²⁸⁾。なぜならほかのすべての訴権のように、ウィンディカーティオ Vindicatio は法務官によつて与えられるからである。法務官は、所有権の二つの違いを認識している。一つは法務官法上の所有権であり、もう一つは、すべての古い法学も認めていた、⁽²⁹⁾ 市民法上の所有権である。その結果、彼「法務官」は、この二つの根拠

に基づく、つまり市民法上の所有権者と法務官法上の所有権者に所有物取戻訴権を与えているのである。⁽³⁰⁾

二⁽³¹⁾ 単に万民法上であれ、法務官の權威に基づいてであれ、所有権者である者が、ちようど遺産占有者がそうであるように⁽³²⁾ (D.37.1.1)、法務官法上の「所有権者という」⁽³³⁾ 呼称を得るのである。加害物委付のために、判決により奴隷を与えられた者もまた同じである⁽³⁴⁾ (D.2.9.2.1)。さらに、未発生損害の原因に基づいて占有を付与される者も同様である⁽³⁵⁾ (D.23.5.1; D.39.2.15.16)。

三⁽³⁵⁾ しかし準・所有物取戻訴権は、いかなる法上もつまり万民法上も市民法上も所有権者でない者にさえ、たとえ単に正当事由のみに基づいてであつても、与えられる。プーブリキウス訴権がその種の準訴権であり、これは、法務官告示に基づいて他人の物の善意占有を開始した者に、たとえまだ使用取得が完成していなくとも使用取得をなしたかのように、不当な占有者に対抗して、与えられるものである⁽³⁶⁾ (Inst.4.6.4)。ウエクティール負担の土地のために与えられる訴権もまた同じであるが、これについては、D.6.3の章のすべての法文で「扱われており」、⁽³⁷⁾

この章は、それ故、D.6.2「プーブリキウス対物訴権の章」の後に置かれている。さらに、この「プーブリキウス訴権の」章は、「所有物取戻訴権」に関する章の後にある。⁽³⁹⁾ 実際、上記の第一法文(D.6.3.1)で書かれていると我々が読むこと、つまり都市から永続的に利益賃借した者には、たとえ所有権者とはならなくとも、ウエクティールを支払う限りで、いかなる占有者に対抗しても、その都市に対抗しても、対物訴権が帰属すると理解しなければならぬ。他人の土地に地上物を有している地上権者も同じ權利を有している。

四⁽⁴⁰⁾ 土地に定着しているものは、土地のものであると我々が言うように⁽⁴¹⁾ (D.19.1.17pr.)、その地上物という名称で我々が理解するのは、「superficies」という⁽⁴²⁾ 名称自体からわかるように、地表の上にあるものである。賃借された他人の土地に、永続的に建てられた建物を我々は地上物という⁽⁴³⁾ (D.6.1.73; D.6.1.74; D.43.18.2)。この法文(D.6.18.2)で、ガイウスは、この種の地上物の所有権は、市民法上も自然の理に従つても、その土地の所有権者のも

のであると述べていた。なぜなら、その属している土地の上に、土地を基盤としなければ、存立しないからである。そのため、D.43,18,1,4は、自己の土地に地上物がある者は、自己の名義で、その土地に対する本来対物訴権を有しているから、いかなる場合にも準訴権の必要がないと述べている。⁽⁴³⁾ 同じ理由により、地上権者は、所有権者ではないために本来訴権を有することができないので、彼には法務官法上の準訴権が必要となるわけである。また同じ理由から、用益権や役権についての訴権も、共有物分割についての訴権も、特示命令もないわけで、すべての訴権 (indica) は、準訴権である。同様に永借権者は、所有権者ではないので、準対物訴権を持ちうるにすぎない。

五⁽⁴⁴⁾ 実際、永借権者とは、他人の土地を、永続的にまたは少なくとも長期間にわたり、都市からでなく——この点でウエクティーガル負担の者とは異なるのであるが——任意の私人から、用益賃借した者である。しかし、ウエクティーガル負担の土地においてはウエクティーガルと言われ、国庫や国家の土地においてはトリブータと言われる、若干の賃料が、所有権の承認として毎年支払われ、それが支払われている限り、借主は明け渡しを命じられないという、ウエクティーガル負担の土地が通例賃借されるのと、同じ約定である。

六⁽⁴⁵⁾ 「もしウエクティーガル負担の土地つまり永借地が請求されれば」という学説彙纂の章 (D.63) の表題で、あたかも同義語のように、トリボニアースが混同しているのはこのためである。しかし、古い法学者たちには、永借権という名称も権利も知られていないが、ウエクティーガル負担の土地という名称や権利さえも知られていないというわけではない。これらについては D.20,1,31; D.39,2,15,26; D.39,4,7⁽⁴⁶⁾ [を見よ]。

七⁽⁴⁷⁾ C.4,66,1⁽⁴⁸⁾ にあるように、この永借契約を、確実な名称と権利でもって与えたのは、皇帝ゼーノー一世〔五世紀〕であり、そこでは、主として、我々の問題に関して、譲渡の様々な権原 (タイトル) に付加されるものではなく、契約当事者の合意に基づき成立する第三の独立した種類であるとの勅法を発した。というのも、賃貸借から起

こつたので（このために勅法纂纂では永借権の章は賃貸借のすぐ後にある）賃貸借ではないか、あるいは、借主は所有者から買ったときと同じく明け渡しを請求されないから、むしろ売買ではないかとの、⁽⁴⁹⁾さらには、所有者と永借権者間の、永借物の果実と利益についての組合ではないかとの疑義が⁽⁵⁰⁾（Inst. 3.24.3）それ以前には生じていたからである。

八 ⁽⁵¹⁾主君（所有者）から封つまり特定の物の占有の禄（恩貸）を受け取る臣つまり封臣さえも永借権者と比肩される。禄（恩貸）に不適切にならない限りその占有のすべての利益が收受されるのである。なぜなら、もし封を受け取った条件に服さなければ、禄（恩貸）に不適切ということになるのであり、暴力や奸計を主君（所有者）に重ねれば、より重大なことになる。封建法学者は、フェローニア（誠実義務違背）を犯すという言い方をする。実際、それらはすべて蛮族の名称であり、封建法自体がその慣習から由来しているランゴバルド人の言葉に由来するものである。⁽⁵²⁾

九 ⁽⁵³⁾とはいっても、永借権がウエクティーガル負担の権利から起源を引き出すように、封は永借権から発生したと言うこととさえできる。実際のところ、貴族財産について、しかもよりよい条件で生じるのが通例である点を除けば、両者は、多くの類似性を持っているからである。ちなみに、もし封が独自の性質を有していないようなことがあれば、それは、永借物に関するのと同じ法文により規制を受けるものとされる。

一〇 ⁽⁵⁴⁾封地や永借地に対立するのが、我々がアロディアリア（完全私有地）と称しているものであり、これは、あらゆる借地料または年貢その他何らかの給付の履行負担を免れており、その所有者を、ほかの何人も取戻請求できないものである。従って、前者（封地や永借地）のいずれにも、所有者ではないので、本来所有物取戻訴権は帰属しえないが、しかし所有者ではないという口実で占拠されて、その不当な侵入者の支配に服するというこのないように、準対物訴権が帰属している。彼らの権利を侵害すると通常言われることに対しては、対人よりも対物の

方がより強く保障されることもまた確かである (D. 43, 18, 1, 1; D. 50, 17, 25)⁽⁵⁵⁾。

一一⁽⁵⁶⁾ しかしこの二つの対物訴権の区別は、解釈学者たちに誤りの大きなきつかけを与えた。彼らは、対物訴権として本来訴権と準訴権があるように、所有権も本来 (上級) 所有権と準 (下級) 所有権があると考えたのである。この種の訴権の根拠は、特に所有権者「という地位」に依拠していると考えたからである。全く捏造されたこの区別が証明されるような、我々の法の箇所「ローマ法の法文」は、何ら提示できない。なぜなら法学者たちは、万民法上もしくは市民法上の所有権、または法務官法上もしくは市民法上の所有権以外の所有権を認めていないからである。

一二⁽⁵⁷⁾ 我々の「解釈学」者たちが準 (下級) と称する所有権者が、私は知らないが、法務官法上の所有権と何か類似のものを有していると考えられていようと、「彼らの所有権は」いかにそれらと異なったものであるかを、例えば、法務官法上の所有権者は、かつても本来所有物取戻訴権を有していたということから理解する⁽⁵⁸⁾。夫は嫁資に法務官法上の所有権しか有していないのであるが、その嫁資の取戻を請求する夫において見られるようにである (C. 3, 32, 9; D. 23, 3, 75)⁽⁵⁹⁾。なぜなら、法務官法上物を有しているとは、もし我々がその物を失えば、その回復のために訴権を有していること、またその保持のために抗弁を有していることにほかならないからである (D. 41, 1, 52; D. 50, 16, 43; D. 50, 17, 15)⁽⁶⁰⁾。しかし、俗に「中世法学の伝統に従う」我々の「解釈学」者たちが準所有権者と呼ぶ者は、単に準対物訴権を有しているのであり、決して本来訴権を有しているわけではない。従って法務官法上の所有権者ではない。

フアーヴルの以上の説明は、擬制訴権と準訴権との関係、準訴権としてのプーブリキウス訴権などにわかりにくいところがあり、前注(30)で指摘した改説をも承知しておく必要があるものの、訴権の区別を不当にも実体権のそ

れに移植したとする批判など、大筋では、我々にも馴染み深い議論であり、また、本稿の「はじめに」で挙げた、中世法学が本来・準所有権構成を主張してきた様々な法文を提示しているという意味では興味深い箇所である。問題のある部分は、後注での指摘や後のボルジャによる批判を通じて理解することです。これに対して、次の第一三および第一四節では、未発生損害担保問答契約に関するD.39,2,15,26、および中世法学もファールも区切らずに扱っている続くD.39,2,15,27が論じられている。この二つの法文に対する解釈は重要であり、ファールを読む前に、法文と中世法学の解釈を見て理解の助けにしよう。

未発生損害担保問答契約とは、隣地の作業や建物に危険を感じる者が、未だ生じていない損害を予め担保するために隣地者に請求する契約である。⁽⁶¹⁾しかし隣地者がその問答契約に応じなければ、法務官は、その作業の行われているまたは危険な建物のある土地の所持を請求者に認めたのである（第一回の裁定による占有付与 *missio in possessionem ex primo decreto*）。なるほど「占有 (*possessio*)」という用語が利用されているが、法務官は、保管行為をなす一種の合法的な所持をさせたのである。⁽⁶²⁾そして定められた期間が経過しても隣地者が契約に応じないとき、第二回の裁定がなされ、これにより、請求者は取得の原因となる占有を開始することになる。これが基本的なケースであるが、D.39,2,15,26およびD.39,2,15,27では、対象がウェクティール負担のものであるケースが扱われているのである。

問題は、法務官の裁定によりいかなる権利が取得されるのかということと、時効との関係での取得態様である。後者の問題は、D.6,2,12(14),2およびD.39,2,15,16に関連させて後に論じられるので、ここでは、まずは前者の問題のみを扱うことにする。⁽⁶³⁾法文を見よう。

D.39,2,15,26 ULPIANUS libro quinquagensimo tertio ad edictum.

Si de vectigalibus [aedibus] non caveatur, mittendum in possessionem dicemus nec iubendum possidere (nec enim dominium capere possidendo potest), sed decernendum [est a praetore], ut eodem iure esset, quo foret is qui non caverat: post quod decretum vectigali actione uti poterit.

ウルピアヌス『告示注解』第五三卷

もしウエクティールガル負担の建物〔建物——この単語は中世の流布本には欠落していた⁽⁶⁴⁾〕について、未発生損害担保問答契約がなされなければ、占有付与がなされるべきであり、〔原告は〕占有することにより所有権を取得できるわけでもないのだ。占有を命じるのではなく、未発生損害担保問答契約を行わない者と同じ権利になるように、つまり裁定の後にはウエクティールガル訴権を利用することができるよう、〔法務官によって——付加されている刊本がある⁽⁶⁵⁾〕裁定が下されるべきであると我々は言わねばならない。

D. 39, 2, 15, 27 ULP IANUS libro quinquagesimo tertio ad edictum.

Sed in vectigali praedio si municipes non caverint, dicendum est dominium per longum tempus adquiri.

ウルピアヌス『告示注解』第五三卷

しかし、ウエクティールガル負担の土地において、もし都市(民)〔一般に都市と理解されていく〕が未発生損害担保問答契約をなさないのであれば、所有権が長期間によって取得されると言わねばならない。

この法文に関するフーヴルの議論ひいてはフーヴル批判の議論を理解する目的の範囲内で、中世法学の大きな流れをつかむためには、註釈付き『ローマ法大全』一六二七年リヨン版〔註釈について、この刊本は必ずしも正確でないことは、つとに指摘されていることであるが、本稿では不都合がない限り基本的にこの版を採用している〕を利用するのが便利である。実際、註釈は後の議論のとうかかりの宝庫である。

事案解説 (CASUS) には、次のようにある⁽⁶⁵⁾。

ある者がある都市からウエクティーガル負担の家屋を賃借していたところ、この家屋が倒壊する危険が甲（隣地者）に生じたので、甲は借主に対して、未発生損害担保問答契約を請求した。借主が、契約しなかったので、甲は、法務官の第一回裁定により占有を付与されるが、さらにその後、第二回裁定に基づき「再び占有を」付与される。借主として所有権を有していたわけではないから、この第二回裁定によつて甲が取得するのは、借主の有していたのと同じ権利だけである。これが最初の節つまり第二六節 (D.39.2.15.26) である。これに対してあとの節つまり第二七節 (D.39.2.15.27) では、家屋の倒壊を恐れた甲（隣地者）がその所有権者である都市に未発生損害担保問答契約を請求したと想定されており、都市が拒否したのであれば、このときは、甲は時効を開始することになるので、第二回裁定により、使用取得を通じて所有権取得が可能になるとしている (consequitur dominium per usucapionem)。

次に、D.39.2.15.26 に対する重要な註釈を見てみよう。冒頭の「もしウエクティーガル負担の」Si de vectigalibus に対する註釈では、最終的に、前者ではウエクティーガル訴権が利用できるようになるだけであるのに対して、後者では所有権が取得されるというこの二つの節の違いの説明（矛盾調和）⁽⁶⁸⁾がなされている。まずは、先に事案解説 (CASUS) で採用されていることを確認した、被告が借主であるのか所有権者であるのかという区別 (distinctio) が挙げられる（第二説）。さらに、先の節は貸主が国庫であり、後の節では、都市であったとするマルティーノの考え（第二説）、最初の節は、占有は命じられず直ちにであつて、後節は、一定期間の後であるとするピリオヤやプラチェンティーノの考え（第三説）、加えて、建物と農地との違いであるとする考え（第四説）が紹介され、第三および第四説が拒否されている。

同じ「ウエクティーガル負担の」vectigalibus に対する別の註釈は、⁽⁶⁹⁾借料が支払われる限り永続的に、ある者が国庫から賃借する土地であるとしている。「未発生損害担保問答契約がなされなければ」Non caveatur に対して

は、第一の説では、担保問答契約を行わないのが、都市(から)の借主であり、第二説によれば、国庫から賃借している建物についてであるとして、両論が並記されている。⁽⁷⁰⁾ また「命じるのではなく」*Nec iubendum* に対しても、第一説では、担保問答契約を行わない者も有してはいなかったのだから、付与された者が第二回裁定により所有権を有することになるような(占有を命じない)、第二説では、単にその理由だけではなく、国庫の優遇からであるとして、⁽⁷¹⁾ ここでも両論並記である。もっとも「その理由だけではなく」という点は注意を要するであろう。「裁定が下されるべきである」*Sed decernendum* については第二回裁定のものであるとし、⁽⁷²⁾ 「ウェクティーガル訴権」*vectigali actione* については準対物訴権であるとされている。⁽⁷³⁾

それ以下の註釈は、時効の問題が直接関わるので、後で紹介するとして、最後に、ここで注目すべき註釈として、ウェクティーガル負担のものについてと同じことが、封、永小作地および容假占有地にも生じることを肯定していることを指摘しておこう。⁽⁷⁴⁾

いずれにせよ、この法文に対する標準註釈には、最後にウェクティーガル負担の土地の借主と封臣との類似が述べられているにとどまり、分割所有権概念は利用されていない。⁽⁷⁵⁾

バルトロの法文解釈は、一六二七年註釈付きリヨン版でも、「第二回裁定に關して、ウェクティーガル負担で土地を持つている者が未発生損害担保問答契約をしないことは、所有権者にとつて害を与えるものではなく、「所有権者に害となるには」所有権者が契約をしないことが要求される」として紹介されているが、実はこれは彼の注解の冒頭の抜粋である。彼の注解に直接あたってみると、かなり長いものであることがわかるが、まさに注解・助言学派に相応しく、彼の時代の背景を念頭に置いた解説が大部をしめ、法文の解釈自体は簡潔である。⁽⁷⁶⁾

バルトロは、注解の最初で、註釈の提案を紹介し、D.39,2,15,26 に対する註釈で先に見た第一説、つまり第二六節では、ウェクティーガル負担で土地を有している者が訴えられ、第二七節では所有権者が訴えられたとする解

決のみを正しいとする。第二説の主張する、国庫の物と都市の物との区別は、国庫は通常未成熟者の権利を利用するものであり、未成熟者にも第二回裁定が下されるから (D.39,2,15,22)、不適切である (C.2,53(4),4)。第三説に対しては、相手方が占有者であっても、第二回裁定は直ちになされるものではないことを挙げて反論している。建物と土地の違いに着目する第四説に対しては根拠がないとするのみである⁽¹⁷⁾。

当面のフアーヴルの法文解釈理解のために限定すれば、バルトロの解釈の核心部分は以上である。実は、バルトロの注解では、註釈が末尾に簡単に述べていた未発生損害担保問答契約をめぐるウエクティーガルを負担する占有者と封臣や永小作人との類似性を取り上げて、例えば封臣がその違法行為により封を国庫に没収される事態が生じたときの、封主の権利、封臣が聖職者になったときの封の帰属は教会なのか封主なのかといった当時のアクチュアルな問題が扱われ、法文自体の話題からのアクロバットも行われる。我々の問題に対する直接の解答としては、未発生損害担保問答契約を封臣がなさないときについては、第二回裁定によって、封臣の有していた占有は移転されるが、封の権利は、封臣が負っているのは人的な債務であるから、債務も封の権利も移転することはないとして、封建関係の独自性を強調している。そして、これが永借地ならばどうか、永小作地ならばどうか、貸主が教会ならばどうかというように議論が進められていき、註釈に比べて、時代の現実問題によりコミットする学派の特徴が表われていると評価してよいであろう。逆に言うと、人文主義法学の法文解釈だけを見ると、こうした現実問題が、時として背後に退き、時代との関連が見えにくくなることも多々見受けられることも指摘できるであろう。

なお、彼の注解で、分割所有権概念自体が説明道具として利用されているところは、一カ所見受けられ、永借地に対する第二回裁定によって永借権が移転されないことについて、権利とはいえ、質料の人的な色彩を持つ債務と結びついている準⁽¹⁸⁾所有権であるとしている。

いずれにせよ、註釈も、バルトロも、このD.39,2,15,26およびD.39,2,15,27の説明のために、分割所有権概念

を直接に利用しているわけではないことが確認できる。フアーヴルがこの法文を分割所有権論批判に取り上げている以上、ほかの利用のされ方があったはずであり、この問題に関するほかの法文の註釈やそのほかの論者を調べる必要がある。

後者の課題に関して、実は、註釈付き実務刊本には、バルトロの注解の冒頭の抜粋の後に、より完全な説明として、イモラの所説が次のように紹介されている。「準（下級）所有権やそれに準じるものを有している者に対抗して占有付与がなされれば、第二回裁定によりそれだけが移転されるのであり、本来（上級）所有権やそれに準じるものは移転されない。本来（上級）所有権やそれに準じるものを有する者に対抗して第二回裁定が介在すればそれは有効に移転されるのである」と。⁽⁷⁹⁾フアーヴルが、この法文にこだわっているのが、この種の構成を念頭に置いていることであるかどうか見ていかなければならない。

雑駁ではあるが、以上で中世法学の代表的な解釈議論の状況の大筋をつかんだとして、第一三節以下を読んでいこう。

I III⁽⁸⁰⁾ そして D.39,2,15,26 (c.46) D.39,2,15,27) においてウルピアヌスが書いていることは、そのことをまさに適切に証明している。そこでは、私の物を破壊しそうな、ウエクティーガル負担の建物について扱い、ウルピアヌスは、私に未発生損害担保問答契約がなされるように、占有者を訴えるのか、都市自体を訴えるのかを区別している。もし都市を訴えるのであれば、任意の所有権者に対して訴えるかのように、すべて同じことが守られなければならない。私に未発生損害担保問答契約がなされなければ、なるほど、法務官は、第一回の裁定により、ウエクティーガル負担の建物の占有を私に付与するよう命じるが、私を占有者にするためでも、まして法務官法上の所有権者にするためにでもなく、「私が占有することによって都市が被る」長期の占有の不快を与えず ex longae

possessionis tadio⁸¹、未発生損害担保問答契約を〔間接〕強制するためであり、もし〔第一回の裁定の後にも〕履行〔未発生損害担保問答契約〕がなされない場合、そのときにはじめて、第二回の裁定によって、建物を占有するように私に命じるのである。その第二回の裁定の力によって、私は、単に新しい占有者になるだけでなく、占有するとはほかでもなく自らのために〔心素を伴って〕持つということであるから、法務官法上の所有権者になり、その時から、ウルピアーヌスがD.39,2,15,16で書き考えているように、市民法上の所有権を取得するために、私は使用取得を開始するのである（incipiam usucapere ad acquirendum mihi dominium Quiritarium）（使用取得による所有権取得のための占有を開始する）〔この法文は重要であり、第二二節で論じられるものであり、後に検討する〕。これに反して、ウエクティール負担の建物の土地の所有権者である都市を訴えるのではなく、単に占有者である汝を訴えるのであれば、汝が担保問答契約を行わないときは、法務官は、私に〔所持にすぎない〕占有付与 *missio in possessionem* を命じるのであるが、なるほど同じように、たとえ汝が依然として担保問答契約を行わないにしても、だからといって（法務官は）私が自らのために〔心素を伴って〕占有することを命じないであろう。なぜなら、第二回の裁定によって、私を法務官法上の所有権者とし、そうして私に使用取得の原因を与えてしまうことになるであろうから。しかしそのいづれも生じえない。なぜなら、汝が担保問答契約をしないからといって、法務官が私にそれ以上の権利を移転することはできず、ウエクティール負担のものとして建物を占有する汝は、法務官法上の所有権者でもなければ、その建物をいづれ使用取得する可能性もないからである。というのも、汝は、これがウエクティール負担のものである、従って他人のものであることを知っていたのであり、この悪意が妨害となるからである。使用取得は、占有なしでも、また善意が欠けていても進行しえないのであるから（D.41,3,24; D.41,3,38）⁽⁸¹⁾。それ故、未発生損害担保問答契約をしなかった汝のもとにあった、かのウエクティール負担の建物が、私のもとでも、同じ権利であることを裁定する限りで、法務官は私を助けるのである。汝は所有権者ではなかったので、このように裁定がな

された後にも、私はいかなる形にせよ所有権者になることはないのであるが、汝が有していたのであるから、私も準ウエクティール対物訴権を有することになる。

一四⁽⁸²⁾ (以上が) この箇所 [D.39,2,15,26 および D.39,2,15,27] の判断であり、これらすべてを知らずに、ウルピアヌスを、都市を相手方とする未発生損害に基づき訴えた者についての一種類だけを扱っているかのように理解する解釈学者たちが、俗に (中世の伝統に従い (vulgo)) 「必ずしも註釈やバルトロを指すかは注意を要することは確認した」説くところのことではない。彼らは、なるほど都市が所有権者であるかどうか区別している。つまり、もしそう「都市が所有権者」であれば、未発生担保問答契約をしないことのために、その第二回裁定に基づき、直ちに、建物の所有権を認めている。もしそうでなければ「都市が所有権者でなければ」、占有付与された者に、単に使用取得の条件を移転するだけである。しかし、ウルピアヌスが次の二つのケースを論じていること、つまり決して所有権者ではない、ウエクティール負担の土地の占有者に対して訴えるのが前者であり、常に所有権者である都市自体に対して訴えるのが後者であることは全く明白であるので、確かに、所有権者ではなかった者でも、ウエクティール負担の土地を、永続的に利用するために与えることは可能であろう。

フアーヴルの解釈は、基本的には註釈の第一説、バルトロも支持していた理解に従うものであり、分割所有権論を導くことになる論理ではない。彼が非難している、都市が所有権者であるなしによる区別であると理解し、所有権者であれば直ちに建物の所有権を認め、そうでなければ、使用取得のカウサを認めるとする考えは、註釈で紹介され、すでに註釈自身が拒否していた第三説を想起させる。但し、それが、イモラのように、論理的に分割所有権構成へつながるかは不明である。彼を批判するボルジャがこの法文に別のいかなる解釈を提示するのであるのか、それは本稿の次の章で見ることになる。

次に、直ちに、時効による取得態様の問題を扱えばわかりやすいかも知れないが、その前に、ファールは、彼によれば不当にも準所有権が推論されているという別の法文を検討し、占有の理解を深めている。次の第一五節に移る前に、解釈対象となる法文を予め挙げておこう。

D.21,2,66 pr. PAPINIANUS libro vicesimo octavo quaestionum.

Si, cum venditor admonuisset emptorem, ut Publiciana potius vel ea actione quae de fundo vectigali proposita est experiretur, emptor id facere superseclt, omnimodo nocebit ei dolus suus nec committitur stipulatio. non idem in Seriana quoque actione probari potest: haec enim etsi in rem actio est, nudam tamen possessionem advocat et soluta pecunia venditori dissoluitur: unde fit, ut emptori suo nomine non competat.

パーピニアヌス『設問集』第二八卷

売主が、買主に、むしろプブリキウス訴権またはウエクティールガル負担の土地に付与された訴権によって争うように注意したのに、買主がそれを行うのを怠ったときは、彼の意思は専ら彼を害し、問答契約も効力を生じない。同じことはセルウィウス訴権については認められない。なぜならこの訴権は対物訴権ではあるが、裸の占有を奪うだけであり、売主に代金が支払われれば、消滅させられるからである。それ故、買主には、彼の名義でこの訴権が帰属することはない。

一五⁽⁸³⁾ 厳密な解釈学者の中でも、とりわけ厳密な我々のパーピニアヌスは、D.21,2,66 pr.において、多くの者を惑わしていた。ここでは、かのプブリキウス訴権や、ウエクティールガル負担の土地に付与された訴権を、セルウィウス訴権からというかむしろ準セルウィウス訴権から分けている⁽⁸⁴⁾。なぜならいずれも対物訴権ではあつて

も、しかし、抵当訴権は、裸の占有だけを奪うのであり、所有権とは別のものであると我々の「解釈学」者たちが解釈しているものである。ほかの訴権つまりプリーキウス訴権とウェクティーガル訴権によつては、裸の占有が奪われるのではなく、従つて、何らかの所有権が奪われることになる。しかしそれが本来（上級）所有権ではないのは疑いのないところであると述べている。従つて準（下級）所有権である。このように推論される。しかしこの解釈も結論も否定されなければならない。なぜならパーピニアヌスは「この法文（D.21.2.66pr.）で」、彼らが想定しているように、所有権に結び付けられたものとの比較からではなく、果実の収益と効用とに結び付けられたものとの比較から裸の占有を理解しているからである。

一六⁽⁸⁵⁾ なぜなら疑いもなく、これらの三つの訴権によつて、奪われるのは常に占有であり、決して所有権ではないのであるが、しかし準セルウィウス訴権（*quasi Serviana*）によつては、単に裸の占有が奪われるだけであるという違いがある。というのも、どんなに額の大きい債権者でも、占有を奪つた後には、抵当権の目的物から、果実を收受するのではあるが、しかしそれらの果実は、債権者ではなく債務者の利益になるからである。債権者は、元本に算入する、つまり弁済と債務額の軽減に算入する義務があるから、元本を超えたのであれば、超過分を債務者に返還する義務がある（C.4.24.1）⁽⁸⁶⁾。あたかも、債務者が、それらを收受し、それ故、債権者に弁済するかのようになるのである。それ故、自らに弁済がなされるか、抵当権が設定されている限り物を保持することができるようになること以外に、奪われた占有は、債権者には何らの他の効用（利益）ももたらさない。しかしプリーキウス訴権もウェクティーガル負担の土地の訴権も、単に裸の占有を奪うだけではなく、占有者が、真の所有権者であるかのように、自己のものとする果実の収益に結び付いた完全な占有を奪うのである。というのも、この場合、法律が妨げとなっていないので、真実そのものとはほぼ同じように機能する善意によつて、自己のために自己の権利に基づいて、收受するからである（D.41.1.48; D.50.17.136）⁽⁸⁷⁾。この場合は、この場合、果実を、真の所有権者の意思に基づ

いて収受しているのだから (D. 47, 2, 62 (61), 8)。⁽⁸⁸⁾

ここでの法文解釈で、本来所有権と準所有権の対比ではなく、果実収受権の有無が違いの線引きであるとする。フアーヴルの言及するような、この法文から分割所有権構成を導き出しているような議論は註釈には見出せない。⁽⁸⁹⁾ バルトロにはこの法文を独自に取り上げて検討する注解はなく、また、この法文に対応するバルドの注解にも見出せない。興味深いことに、キュジャースは『パーピニアヌス設問集注解』でここでの法文を詳しく論じている。⁽⁹⁰⁾ 法文の前半部分に対するキュジャースの説明の中心はむしろ訴権競合の問題であるが、我々の問題に関して言うと、この法文の後半部のセルウィウス訴権の説明において、法文の言う「裸の占有」を「所有権に類似の、何らかの安定した永続的な権利」または「所有権に結び付いた、所有権のような、あるいはより簡潔に「言う」と、永続的な権利に結び付いた占有」と対比させている。なるほど準所有権という用語は利用しておらず、フアーヴルが非難している構成をとっているわけではないが、果実収受権の有無に関する違いを述べ、準所有権概念を明確に否定するフアーヴルの説明に比べて、準所有権概念を用語として回避しているだけでも受け取られかねない論理構成であるとも言える。⁽⁹¹⁾

一七⁽⁹²⁾ 従って次のように結論を導き出さなければならない。準対物訴権と言われるのは、準所有権を根拠とするのではなく、本来訴権と区別してのことである。なぜなら本来訴権は、法務官法上のであれ市民法上のであれ所有権を根拠にしない限り帰属しないが、これに対して、準訴権は、その権利が、占有に結び付けられた所有権が明らかになるのであれば、意に反してその者から奪われえないときに、何らかの所有権を原因とするのではなく、ある者が他人の物に有している権利〔他物権〕に基づいて帰属するからである。⁽⁹³⁾ さらに、永借権者も、地上権者も、

ウェクティールガル負担の土地の占有者も、封臣も、その他同様の者も、そうした権利を有している。彼らは、所有権者ではないので、我々は、彼らには、本来訴権を否定するが、しかし、他人の物に有する権利〔他物権〕故に、彼らに、所有権者の意思に反しても、その所有権者自身に対抗するのであっても、準訴権を認めるのである。

注

- (22) 私が主に利用したのは、以下の一六三〇年シュネーヴ版である。Antonii Fabri I. C. Sebusiani, ... Coniecturarum iuris civilis libri viginti: In quibus difficiles plerique iuris Iustiniani loci, novis cum emendationibus, tum interpretationibus explicantur, & vera rectaque iuris principia stabiluntur. Cum indice copiosissimo. 1. Principiorum & conclusionum iuris, quae hic proponuntur, explicantur, aut demonstrantur. 2. Legum emendarum aut explicatarum. 3. Autorum, quorum opiniones recensentur, vel probantur, aut refelluntur. Huic postremae demum editioni accesserunt, quae hactenus ab omnibus desiderabantur, Summaria singulis capitibus praefixa, ad faciliorem eorum, utpote prolixorum, deinceps lectionem deducenda. Coloniae Allobrogum, Sumptibus Iacobi Crispini. MDC.XXX. ほかに、前稿で主として利用した一六六一年リヨン版 (Lugduni apud Sumpt. PHIL. BORDE, LAUR. ARNAUD, ET CLAUD. RICAUD.) および一六〇五年リヨン版 (Lugduni apud Franciscum Fabrum.) を参照した。各版の網羅的な比較や写本との照合は筆者のないうちうではなく、またフアーヴルを読み引用してきた法学者のないうちうでもなかったであろう。一六三〇年版と一六六一年版は二〇巻が一冊にまとめられたフォーリオ版であり、(つくわずかにある)略語の面では、一般的には、後者の方が読みやすいが、逆の場合もある。第三版と書かれている一六〇五年版 (Editio tertia) は四折版、各章が項目に分かれておらずこの点では不便であるが、第二〇節に、他の二つの版では欠落している部分の補充に役立った。従って、本稿で以下挙げられているテキストは、それぞれの版からよりよいものを採用した。厳密に言えば、misioである。人文主義法学時代の刊本比較の重要性は、すでに注(20)で述べたように近年指摘されるべきである。

- (23) SUMMARIA. 1 Actionem in rem vel directam vel utile esse. 2 Bonitarii domini appellatione quis continetur? 3 Utilis vindicatio cui detur? 4 Quid per superficiem & superficiarias aedes intelligatur? 5 Fundum emphyteuticarium a fundo vectigali differre. 6 Ea nomina a Triboniano confusa fuisse. 7 De autore & natura emphyteuscos. 8 De feudatario, sive vasallo & feloniam ab eo commissam. 9 Feudum in plerisque iure emphyteutico simile esse. 10 Allodialia bona quae dicantur? 11 Distinctionem domini in directum & utile, commentitiam esse. 12 Dominum boninarium cum domino, quem utilem Interpretes vocant, nihil commune

habere. 13 Sententia §. si de vectigalis. 26. leg. si finita. ff. de damn. infect. 14 Refertur vulgata Interpretum ad eum locum exposito. 15 Respondetur ad l. si cum venditor. 66. ff. de vect. pro superiore distinctione aliatam. 16 Per actionem Publicianam, Servianam & eam quae de fundo vectigali proponitur possessionem semper, dominium vero nunquam avocari. 17 Utiles in rem actiones quo respectu sic appellentur? 18 Emphyteuticam, superficiarium, vectigalis fundi possessorem, vasallum, nullum dominum nequidem utile habere. 19 Vectigalem fundum nec ab eo qui eum in perpetuum conduxerat, nec ab alio quilibet bonae fidei emptore usucapi posse. 20 Publicianam tamen huius fundi nomine bonae fidei emptori competere. 21 Fundos vectigales non magis longo tempore praescribi quam usucapi potuisse. 22 Respondetur ad d. §. si de vectigalibus 26. dict. l. si finita. 23 Directam vindicationem domino qui fundum vectigalem, emphyteuticarium, vel solum in quo superficiarie aedes sunt, fruendum in perpetuum locavit, dari.

- (24) 註釈学派を interpretes 注 解 (助言) 学派を pragmatici と訳すのは、対応する本文では nostri と表現されており (いわねは Gaius noster と言ふ表現も通例である) のうら反論があるが、また、本稿でフアーヴル批判者として検討するボルジャが、広く注解学派以降の助言文献の作者たちを pragmatici と、判例集編纂者を repetentes と表現している例もあり、漠然とした意味になつてしまふことを承知し、このことは中世の法学者または中世法学の伝統に依拠するフアーヴルの時代の学者も含めて interpretes を広く解釈学者たちと訳しておく。

- (25) 「永借権の設定やわたるウェクティール負担の土地」とあるが、フアーヴルは両者を峻別しているのび、コンメンタがあるように訳した。

- (26) Actio in rem, quae speciali nomine vindicatio, & petitio appellatur, duplex est, directa una utilis altera. Directa ei tantum datur qui sit dominus vel iure gentium, vel iure civili, l. in rem 23. D. de rei vind. (D. 6, 1, 23) Nam cum vindicatio, sicut & caeterae actiones omnes, detur a praetore: Praeter autem duplicem dominij differentiam agnoscat, unam bonitarij, aliam Quiritarij, quam & tota vetus iurisprudentia agnovit, consequens est ut ex hac quoque duplici causa det vindicationem domino scilicet Quiritario, & domino bonitario,

- (27) 異説 vindicatio へ petitio へ一般に actiones in rem を集めてのようだが、Gaius, Inst. 4, 5 将 46 の Inst. 4, 6, 15 からは A. Berger, Encyclopedic Dictionary of Roman Law (1953) (reprint. 1991) の当該項目を参照。また、F. Schulz, Classical Roman Law, p. 25 (増補訳『古典期ロー民法要説』五九頁) は古典期における両者の区別をテキスト上の記載を主張しては、Kaser, Das römische Privatrecht 1, Abs. (1971) S. 227 を参照。さらに、叙説で、単に

vindicatio である。rei vindicatio であることが文脈から明白なときは、所有物取戻訴権と訳すことにする。

(28) D. 6, 1, 23 pr. PAULUS libro sexto decimo ad edictum.

In rem actio competit ei, qui aut iure gentium aut iure civili dominium adquisiit.

パウルス『告示注解』第六卷

対物訴権は万民法上または市民法上所有権を取得した者に帰属する。

(29) 「すべての古い法学も認めていた」(tota vetus iurisprudentia agnovit) とは、名譽法と対立する古くからのローマ法を指すのであろう。

(30) 後に「フアーヴルは、ウエクティール負担の土地および地上権の設定されている土地ならびにそれぞれに対応する訴権の違いを扱う『実務家誤謬集』第六三章(decas) 誤謬九で、市民法上の訴権には「訴権が帰属する」が、法務官法上の訴権には「訴権を与える」という表現が用いられるとして両者を厳密に区別し、二つの論述を改めている(以下、『実務家誤謬集』については一六〇九年から一五年にかけて出版されたジュネーヴ版を利用する。各冊若干タイトルが違うが、例えば、二つで問題にする箇所は、De erroribus pragmaticorum et interpretum iuris chiliadis Pars tertia. In decades XXV. Ut priores singulae, sed brevioribus capitibus distincta... Coloniae Allobrogum Sumptibus Samuelis Crispini. M.DCIX. p.266s. である。代表的な全集や版というものではないので、以下の引用では頁数などの詳細は省略する)。フアーヴルは、述べる。「その『推測論』第二〇巻第一一章」では、法務官法上の所有権と市民法上の所有権との区別と、また同じく本来(上級)所有権と準(下級)所有権との区別について、他の解釈学者たちによって扱われているのとは相当異なり、多くの全く新しいそして人文主義的なこと(nec inellegantia)を私は書いた。しかし、それは不当であった。ウエクティール負担の土地の借主に与えられる対物訴権は、地上権者に与えられる訴権とほぼ同じであるかのように考え、ウエクティール負担の土地と地上権との間に我々〔私〕が設定した違いを、当時我々〔私〕は全く認識していなかったと今は考えているからである。」(lib. 20. *Connect. capit. 11. ubi multa scriptissimus satis nova nec inelegantia de distinctione dominiorum bonitarij & Quintitarij, itemque directi & utilis, ac longe aliter quam a caeteris interpretibus tractentur. Sed illud tamen male, ut nobis nunc videtur, quod differentiam quam modo inter fundum vectigalem & superficarium constitimus, nullam tunc agnoscebamus, Quasi non minus utilis sit actio in rem quae fundi vectigalis conductori datur, quam quae superficario.) そのフアーヴルは、パウルス法文(D. 6, 3, 1, 1)「……任意の占有者や都市自体に対抗する対物訴権が帰属すると考えられていた(通説であった)」(placuit competere eis in rem actionem adversus quemvis possessorem, sed et adversus ipsos municipes) を挙げ、以下のように論じている。「これらの文言は、その訴権が本来訴権であることを必*

ずしも証明しておらず（準訴権であるが、嚴格法上の根拠が欠けており、おそらく専ら衡平から学者の権威によって導入された市民法上のものであることは目新しいわけではないから。D.39,2,25におけるように。また、市民法上のものであれ法務官法上のものであれ事実訴権がすべて補充的であるように。準訴権もすべて補充的と言いうことはできないものの、D.19,5の章における多くの事実訴権におけるように。）、法務官法上ではなく市民法上の訴権であることを証明しているのである。すでに述べたように、実際、法務官法上の準訴権は決して「帰属する」とは言われず「与えられる」と言われる。なるほど、法務官告示に基づき、また、プブリキウス訴権において受け入れることができる原因に基づき、法務官が自ら訴権を与えると告示した後、その告示の文言に基づき、本来・法務官法訴権は帰属すると言いつつことができる（D.6,2,2 & 3 & 6 & 9 & 12,15 & pass.）。しかし準・法務官法訴権はそうではない。逆に、法学者が、「対物訴権が帰属するべきとされていた（通説であつた）」と述べているときには、彼らは、告示に基づいて帰属する本来法務官法訴権のことを決して言っていない。法務官が告示により設定した権利が、学者によって認められていたかどうかを問うことに、何の意味があろうか。もし学者の権威からではなく、政務官の名誉と尊厳から、かの権利が効力を受けるならば、法務官法上の名誉法上の権利と呼ばれる。そしてこのことが、ウェクティール負担の土地に対して帰属する対物訴権は、法務官法上のものと言うことができるとは考えないよう、私に改説をうながす第二の理由である。なぜなら、この種の訴権が宣言され約束されるような法務官のいかなる告示もなからずある」（quae verba si non probant necessario esse illam actionem directam (nec enim novum est ut utilis actio aliqua sit, quae tamen sit etiam civilis, forte inducta autoritate prudenti?) un ex sola acquirat cum stricti iuris ratio diceret, ut in l. 2. §. item Varius vers. quamquam in fin. D. de aqua & aquae plu. arcend. (D.39,3,2,5) & in plurisque actionibus in factum de quibus in tit. de praescr. verb. licet non quemadmodum actiones omnes in factum sunt subsidariae, sive civiles sint, sive praetoriae, ita etiam utiles omnes dici possint) Probant tamen optime non esse praetoriam sed civilem. Neque enim utiles actiones praetoriae competere unquam dicuntur sed dari, ut iam diximus. Directae quidem praetoriae possunt dici competere, scilicet ex edicto praetoris & ex ipsis verbis edicti, postquam Praetor edixit se actionem ex ea causa daturum ut cernere est in Publiciana l. 2. §. 6. 9. 12. §. 15 & pag. D. de public. in rem act. (D.6,2,2 & 3 & 6 & 9 & 12,15 & pass.) sed utiles praetoriae non item. Nec rursus de directa praetoria quae competeret ex edicto ita unquam loquerentur Iureconsulti ut dicerent placuit co(n)petere actionem). Quid enim attineret quaerere an placuisset prudentibus id ius quod Praetor edicto constituisset? Si quidem non a prudentium autoritate ius illud potestatem accipit, sed a magistratuum honore ac dignitate, unde & praetorium & honorarium appellatur. Et haec secunda ratio est qu(a)e me movet, ut actionem hanc quae pro vectigali fundo in rem competi, non putem dici posse praetoriam: quia nullum Praetoris edictum est quo

Julia. ff. de damn. infect. (D.39, 2, 15, 16)

- (32) De bon. poss. $\lambda\theta\theta\theta\theta$ D.37, 4, 1 $\nu\theta\theta\theta\theta$ D.37, 1, 1 を指示して $\theta\theta\theta\theta$ と思われる。

D.37, 1, 1 ULPIANUS libro trigesimo nomo ad edictum.

Bonorum possessio admissa commoda et incommoda hereditaria itenque dominium rerum, quae in his bonis sunt, tribuit: nam haec omnia bonis sunt coniuncta.

ウルピアヌス『告示注解』第三九卷

(法務官法上の) 遺産占有は、認められると、遺産の利益および不利益ならびに財産中にある物の所有権を付与する。なぜならこれらすべてが財産(遺産)と結び付いているからである。

- (33) 他人の奴隷の不法行為によって損害を被った者に、法務官は、その奴隷を占有することを認めたが、これは、奴隷に対する市民法上の所有権を得させるものではなく、時効によりそれを取得する状況に置くものであったわけである。法務官は、取得時効が実現するのに要求される期間の間、防御を認めたのである。Volterra, Istituzioni, p.383. ファーヴルは法務官法上の所有権の例として出しているわけであるが、 $\theta\theta\theta\theta$ で挙げられている D.2, 9, 2, 1 パウルス『告示注解』第六卷の末尾では、主人不在のときに法務官により奴隷の占有を認められた者が、後に主人が防御権を認められたときに、「従って、原告も、彼が連れ出した奴隷が彼の財産中のもの(法務官法上の所有物)となったために消滅した訴権が、回復されなければならない」と明言している。D.2, 9, 2, 1 PAULUS libro sexto ad edictum.

Si absens sit servus, pro quo noxalis actio alicui competit: si quidem dominus non negat in sua potestate esse, compellendum putat Vindius vel iudicio eum sibi promittere vel iudicium accipere, aut, si nolit defendere, cauturum, cum primum potuerit, se exhibiturum: sin vero falso neget in sua potestate esse, suscepturum iudicium sine noxae deditione, idque Iulianus scribi et si dolo fecerit, quominus in eius esset potestate, sed si servus praesens est, dominus abest nec quisquam servum defendit, ducendus erit iussu praetoris: sed causa cognita domino postea dabitur defensio, ut Pomponius et Vindius scribunt, ne ei absentia sua noceat: ergo et actori actio restituenda est, perempta eo quod ductus servus in bonis eius esse coepit.

パウルス『告示注解』第六卷

ある者に帰属する加害訴権の目的である奴隷が不在であり、所有権者が自己の支配に服することを否認しないとき、その所有権者は、その奴隷を法廷に出頭させることを諸約するか、訴訟を引き受け(争点決定に応じ)るか、または、防御することを望まないのであれば、できるだけ速やかに奴隷を提示する(法廷に出頭させる)ことを担保することを強制されなければならない。

ない。これに対して、所有権者が、その奴隷が自己の支配に服することを事実にして否認するときには、加害者を委付せずに、訴訟を引き受ける（争点決定に応じる）ことを強制されなければならない。ウィーンディウスはこのように考えている。所有権者がその奴隷が彼の支配に服さないように故意に何かを行ったときもまた同じであるとユリアヌスは書いている。しかし奴隷は現在するが所有権者が不在であり、誰も奴隷のために防御しないときには、法務官の命令により「奴隷は被害者によって」連れ出されなければならない。もともとポーンポニウスやウィーンディウスが書いているように、所有権者の不在が本人に損害をもたらさないように、事実を審理して、後に所有権者に防御が与えられ、従って、原告にも彼が連れ出した奴隷が彼の財産中のもの（法務官法上の所有物）となったために消滅した訴権が、回復されなければならない。

最後にある「彼の財産中のもの」(in bonis) に対する註釈は、「第二回裁定に基づき占有付与された者は、使用取得するのであって、直ちに所有権者とならないと述べていたジョヴァンニの判断がここから非難される。なぜなら、ここでは、その者の奴隷であったので、それ故、権利（訴権）が生じえない状態になるから、彼に失われた訴権が回復されるのである(D.9.2.16)」。しかし、我々は、もし、彼が認容しようとしないう所有権者であったなら直ちに所有権を（取得し）(D.39.2.5) かも知れないが、使用取得する、たとえ他人のものであることを知っていたとしてもであると説く(D.9.4.28)。(ex hoc reprobat sententia Ioann. qui dicebat missum in possessionem ex secundo decreto, usucapere, & non statim dominum esse. hic enim fuit servus eius: unde ei amissa actio restituitur ob hoc, quod in eum casum pervenit a quo incipere non potest: ut *infra ad leg. Aquil. l. quia in eum*. (D.9.2.16) nos autem dicimus ipsum statim dominum, si is erat dominus, qui parere noluit: alioquin usucapit: ut *infra dum infect. l. praetoris officium*. (D.39.2.5) etiam sciens alienum: ut *infra de noxa. l. & generaliter*. (D.9.4.28) といひたり、註釈がこの法文からは直ちに準所有権を想定しているわけではない。ファウルは学説彙纂に対する逐条解説書『市民法推論集』(Rationalia in Pandectas. Aurelianae. M.D.C.XXXI. 以下、『推論集』はこのジュネーヴ版を利用する。逐条解説でもあり、この版の頁数を示さなう。)のD.2.9.2.1につづての説明で、法務官は市民法上の所有権を付与することはできず、これは、法務官法上の所有権であることを明言している。

(34) パウルス法文(D.23.5.1)は、(嫁資である土地の譲渡を禁じる) ユーリウス法が適用されない例として、夫が未発生損害担保問答契約を行わないために、隣地者が、嫁資の土地に占有付与を与えられ、占有を命じられ、所有権者となることを挙げる法文である。D.39.2.15, 16 は、重要法文であり、後に本文で紹介すると同時に、詳しく論じる。ここでは、D.39.2.5 pr. と並んでこの法文では *usucapio* の語が用いられていないことから、準所有権概念成立に利用されたことのみを指摘しておく。片岡・前注(4)「研究(一)」六九頁。

D. 23, 5, 1 pr. PAULUS libro trigesimo secto ad edictum.

Interdum lex Iulia de fundo dotati cessat: si ob id, quod maritus damni infecti non cavebat, missus sit vicinus in possessionem dotalis praedii, deinde iussus sit possidere: hic enim dominus vicinus fit, quia haec alienatio non est voluntaria.

パウロ『告示注解』第三六卷

時には、ユリウス法が嫁資である土地には適用されないこともある。事実、夫が未発生損害担保問答契約を行わないために、隣地者が、嫁資である土地の占有を付与され、占有を命じられたなら、この場合、譲渡は任意になされたものではないので、隣地者が所有権者になる。

- (55) At utilis vindicatio datur etiam ei qui nullo iure dominus sit, id est, neque gentium, neque civili, quamvis non nisi ex iusta causa. Eiusmodi est Publiciana, quae contra iniustum possessorem datur ex edicto praetoris ei qui rem alienam bona fide usucapere coeperat, quasi usuceperit, quamvis nondum impleta sit usucapio, §. *nunquam. Inst. de act.* (Inst. 4, 6, 4) Item actio quae datur agri vectigalis nomine de qua in *l. 1 & tot. tit. ff. si ager vectig. & emphyt. pet.* (D. 6, 3, 1 & tot.) qui titulus ideo positus est post tit. *De public. in rem act.* (D. 6, 2) Et rursus ille post tit. *De rei vindic.* (D. 6, 1) quia uterque est de rei vindicatione utili, non directa. Sic enim accipiendum est quod in d. l. 1. scriptum legimus, Eius qui in perpetuum fundum fruendum conduxerunt a municipibus, quamvis non efficiantur domini, competere tamen actionem in rem non tantum adversus possessorem quemlibet, sed etiam adversus municipales ipsos, si modo vectigal solvant. Eiusdem etiam iuris est superficiarius, qui superficiem in alieno solo habet.

- (36) この訴権は典型的な擬制訴権であり、擬制訴権は準訴権の一種である。原田慶吉『ローマ法』三九八頁。擬制をはらんでいる状況とは、時効取得の要件である期間が経過したということであり、法務官は、物の所持を失った者が請求する方式書を認め、時効取得に必要な期間が経過したかのように擬制して判断するように、審判人に命じたのであり (Volterra, Istituzioni, p. 381-382) この請求の表示は、「もし原告が買って、同人に引き渡された奴隷を一年間占有していたなら、問題となるその奴隷がクイリーテスの権によって同人の有すべきである場合は」となる。さらに後注(58)を参照。

- (37) Inst. 4, 6, 4 注、フーブリキウス訴権を簡明に解説しているものである。

Inst. 4, 6, 4

Namque si cui ex iusta causa res aliqua tradita fuerit, veluti ex causa emptiois aut donationis aut dotis aut legatorum, necdum eius rei dominus effectus est, si eius rei casu possessionem amisit, nullam habet directam in rem actionem ad eam rem persequendam: quippe ita proditae sunt iure civili actiones, ut quis dominum suum vindicet, sed quia sane durum erat eo casu

deficere actionem, inventa est a praetore actio, in qua dicit is, qui possessionem amisit, eam rem se usu cepisse et ita vindicatum esse. quae actio Publiciana appellatur, quoniam primum a Publicio praetore in edicto proposita est.

確かに、ある物が、売買、贈与、供与、遺贈のような正当原因に基づきある者に引き渡されたが、まだ物の所有権者になつておらず、事変によりその物の占有を失つたとき、彼は、その物を追求する本来対物訴権を有していない。というの本人が自己の所有権(物)の取戻を請求するためには、市民法上の訴権が導入されているからである。しかし、この場合訴権がないのは非常に酷なので法務官により訴権が考案され、ここでは、占有を失つた者は、自分はその物を使用取得したと述べ、こうして自己のものであるとして取戻を請求する。この訴権はプブリキウス訴権と呼ばれる。最初に法務官プブリキウスによって告示において付与されたからである。

この法文に対するドノ一の重要な解説は後に本文で取り上げる。プブリキウス訴権が中世・近世には、所有権証明を回避する原告によつて幅広く利用されたことについては、R. Feenstra, *Action publicienne et preuve de la propriété, principalement d'après quelques romanistes du moyen âge in: Mélanges Philippe Meylan*, I, Lausanne (1963) p. 91-110 (now in: Feenstra, *Fata Iuris Romani* (1974) p. 119-138) を参照。

- (38) ファーヴルがこの章で詳しく論じる問題である。今日のローマ法の教科書では、ウエクティール負担の土地とは、一般的には、主として都市の所有地を毎年一定の賃料 (vectigal) を支払つて、永続的にまたは長期間通常百年耕作する権利 ius in re vectigali が設定された土地であり、その後、永借権 emphyteusis と融合されたと説明されるので、翻訳上も区別しないのが通例であるが、ファーヴルは厳格な区別を主張しているのだ。本稿ではウエクティールという用語をそのまま残すことにする。訴権としてウエクティール負担地対物訴権 actio in rem vectigalis、非所有権者により設定されたときは、善意者は actio Publiciana utilis を有する。原田『ローマ法』一三四—一三五頁。

- (39) こちり章の順序は、D. 6, 1 「所有物取戻訴権」 D. 6, 2 「プブリキウス対物訴権」そして D. 6, 3 si ager vectigalis, id est emphyteuticarius, petatur である。最後の章は三法文からなる。

- (40) Quo superficiei nomine intelligimus quicquid est supra faciem soli, ut nomen ipsum sonat, quemadmodum soli & fundi esse dicimus id quod terra in se tenet leg. fundi 17. ff. de act. emp. (D. 19, 1, 17) Superficiarias vero aedes appellamus, quae positae sunt in alieno solo in perpetuum conducto, l. in speciali 73. in fin. & l. sequi. ff. de rei vindic. (D. 6, 1, 73) (D. 6, 1, 74) l. 2. ff. de superfic. (D. 43, 18, 2) ubi Caius scribit huiusmodi aedium superficiariorum proprietatem & civili & naturali ratione eius esse, cuius & solum est, quia non subsistunt nisi in solo & propter solum cui inhaerent. Unde etiam est quod ait l. 1. §. is autem. eod. tit. (D. 43, 18, 1, 4)

eum in cuius solo superficies est, utique non indigere utili actione, cum eo nomine habeat directam in rem qualem habet de solo ipso. Eadem igitur ratio facit ut superficiario necessaria sit utilis praetoria, cum non possit habere directam, quia dominus non est. Eademque ratione nec habet actionem de usufructu, nec de servitute, nec Communi dividundo, nec interdictum, sed omnia iudicia ista utilia. Similiter emptyteuta non nisi utilem in rem actionem habere potest, quia nec dominus est.

- (41) D. 19, 1, 17 pr. ㊦「土地に定着するものとなりて土地の部分となる」(Fundi nihil est, nisi quod terra tenet) ㊧の命題から始まる。

D. 19, 1, 17 pr. ULPIANUS libro trigesimo secundo ad edictum.

Fundi nihil est, nisi quod terra tenet: aedium autem multa esse, quae aedibus adfixa non sunt, ignorari non oportet, ut puta seras clausas claustra: multa etiam defossa esse neque tamen fundi aut villae haberi, ut puta vasa vinaria torcularia, quoniam haec instrumenti magis sunt, etiamsi aedificio cohaerent.

ウルピアヌス『告示注解』第三二卷

土地に定着するものでなければ土地の部分ではない。しかし、例えば、ドアのかんぬき、鍵、錠など、建物に固定されていないが、建物の一部となるものが多くあり、例えば葡萄の容器や圧搾機のように、地中に埋められており、建物に固定されていないものの、むしろ用具に属するので、土地のものとも建物のものとも見なされないものも多いことを忘れてはならない。

- (42) 前者のウルピアヌス法文(D. 6, 1, 73)と後者のパウルス法文(D. 6, 1, 74)の区切りについて流布本とフイレントツエ写本とは異なっていたことは、一六二七年註釈付き実務刊本の欄外やゴッドフロフ版から知ることができるが、モムゼン大版でもはやこのことの指摘は見られない。基本的には所有物取戻訴訟において、被告である占有者は、いかなる部分が彼のもののかの証明責任がないことが述べられた後に、さらにD. 6, 1, 75と結び付けて、地上権者について法務官が対物訴権を与えたとしたものである。D. 43, 18, 2は、地上権の設定された建物の所有権は、市民法上も自然法上も、土地の所有権者に帰属すると述べている。

D. 6, 1, 73 ULPIANUS libro septimo decimo ad edictum.

In speciali actione non cogitur possessor dicere, pro qua parte eius sit: hoc enim petitoris munus est, non possessoris: quod et in Publiciana observatur. 1 Superficiario.

ウルピアヌス『告示注解』第十七卷

特定の〔物〕に関してもたらされた〕訴権において、占有者はいかなる部分が自己のものか述べるようには強制されない。なぜならそれは占有者の義務ではなく、請求者の義務であるから。このことはプリーキウス訴権においても見受けられる。一

地上権者²⁾

D. 6, 1, 74 PAULUS libro vicensimo primo ad edictum.

id est qui in alieno solo superficiem ita habet, ut certam pensionem praestet.

パウルス『告示注解』第二一卷

つまり、一定の賃料を支払って他人の土地に地上物を有している者に

D. 6, 1, 75 ULPIANUS libro sexto decimo ad edictum.

Praetor causa cognita in rem actionem pollicetur.

ウルピアヌス『告示注解』第一六卷

法務官は、事実審査の後に、対物訴権を与えることを約束する。

D. 43, 18, 2 GAIUS libro vicensimo quinto ad edictum provinciale.

Superficiarias aedes appellamus, quae in conducto solo positae sunt: quarum proprietates et civili et naturali iure eius est, cuius et solum.

ガイウス『属州告示注解』第二五卷

賃借された土地に建てられた建物を、地上権の設定された建物と我々と呼ぶ。市民法上も自然法上もその所有権はその土地の所有権者にある。

(43) この法文については後注(126)を参照。

(44) Emptyteuta enim is demum est, qui alienum fundum, vel in perpetuum, vel saltem in longum tempus fruendum conduxit, non a municipibus, in quo differt a vectigali, sed a privato quolibet, eadem tamen lege qua fundi vectigales conducere solebant, ut in recognitionem domini quotannis pensio aliqua pendatur, quae in vectigalibus fundis vectigal dicitur, in fundis vero fiscalibus, & reipub. tributum, ut quando penditur, non possit conductor expelli.

(45) Unde est quod in tit. Pandect. Si ager vectigalis, id est emphiteuticius petatur, confusa sunt a Tribon. ea nomina, tanquam synonyma: cum tamen veteribus I. C. incognitum fuerit nomen & ius emphiteuseos, non etiam vectigalium agrorum: de quibus in leg. *lex vectigali 31. ff. de pignor.* (D. 20, 1, 31) l. *si finitima 15. §. si de vectig. ff. de dam. infect.* (D. 39, 2, 15, 26) l. *Imperatores. 7. & pass. de publica. & vectig.* (D. 39, 4, 7)

(46) スカエウァラ法文(D. 20, 1, 31)は「ウエクティール負担の者〔法文は占有者という〕が抵当権を設定して、彼が借料支払

を怠れば、抵当権は消滅するものである。ウルピアヌス法文 (D. 39, 2, 15, 26) は後に詳しく論じる。アントーニウス帝とウェールス帝の解答に言及するパトリウス・ユーストウスの法文 (D. 39, 4, 7) は、ウエクティールガル負担債務が土地の占有者に対物的に課せられることが述べられている。ちなみに、*eoque exemplo actionem, si ignoraverint, habituros*。についてキュジャース『省察と修正』第二巻第五章 (Observationes et emendationes, Opera Omnia, Tom. III, キュジャースに関しては一七五八年ナールボリ版『全集』を利用する。M. Canus, Bibliothèque choisie des livres de droit (1833, reprint 1976) p. 54 を参照) は、*exemplo* を *ex emptio* であるとの法文修正を提案し、この法文の占有者とは買主のことであり、悪意の買主には訴権が与えられないと解釈している。ファーヴルも『推測論』第二〇巻第九章でこの修正を支持しており、ポティエのパンデクテンもこの読み方であり、ゴドフロワ版、モムゼン大版とも欄外でこの読み方を挙げている。このことに関しては、例えば Troje, Gracia, S. 147 参照。いずれにしても、ここで挙げられているものはすべて紀元後二世紀後半から三世紀前半に活躍したとされる法学者の著作から抜粋された学説彙纂であり、古典期の法学を論じるファーヴルの特徴が、ここにも看取できるのではないだろうか。

D. 20, 1, 31 SCAEVOLA libro primo responsorum.

Lex vectigali fundo dicta erat, ut, si post certum temporis vectigali solutum non esset, si fundus ad dominum redeat: postea is fundus a possessore pignori datus est: quaesitum est, an recte pignori datus est, respondit, si pecunia interesset, pignus esse.

1. Item quaesit, si, cum in exsolutione vectigalis tam debitor quam creditor cessasset et propterea pronuntiatum esset fundum secundum legem domini esse, cuius potior causa esset, respondit, si ut proponeretur vectigali non soluto iure suo dominus usus esset, etiam pignoris evanuisse.

スカエウオラ『解答集』第一巻

ウエクティールガル負担の土地について、もし一定期間がたつてもウエクティールガルが支払われないとき、その土地は所有権者に回復するとの約定が述べられた。後に、この土地に占有者によって質権が設定された。質権の設定が正当かどうか問題とされる。金銭が支払われたのであれば質権は成立すると解答する。

一、同じく、もしウエクティールガルの支払を債務者も債権者も行わなかったために、約定に従い、土地は所有権者のものであるとの判決がなされれば、誰の権利(根拠)が優先するのかを問題とした。提示されている「当該事件の」ように、ウエクティールガルが支払われていないので所有権者が権利を行使したのであれば、質権さえも消滅すると解答している。

D. 39, 4, 7 PAPIRUS IUSTUS libro secundo de constitutionibus.

Imperatores Antonius et Verus rescripserunt in vectigalibus ipsa praedia, non personas conveniri et ideo possessores etiam

praeteriti temporis vectigal soluere debere eoque exemplo actionem, si ignoraverint, habituros.

1. Item rescriptum pupillo remittere se poenam commissi, si intra diem trigensimum vectigal intulisset.

パーピリウス・ユーストウス『勅法注解』第二卷

アントーニウス帝とウエールス帝は、ウエクティールガル負担の土地〔の訴訟〕では、人ではなく土地自体が訴えられるのであり、それ故、占有者はそれ以前の時期のウエクティールガルをも支払わなければならない、（そのために）もし占有者が知らなかったなら、〔買主〕訴権を有することになると解答した。

一、同じく、未成熟者が三〇日以内にウエクティールガルを支払ったなら、罰を免除するようにとも解答した。

- (47) Primus Zeno Imp. fuit qui contractum hunc emphiteuticum certo & nomine & iure donavit in l. 1. C. de iur. emph. (C. 4, 66, 1) ubi constituit, quod ad rem nostram maxime pertinet, ut neque alienationis titulus adiciatur, sed sit tertium & separatum genus, suam formam accipiens, ex conventionibus contrahentium, cum antea dubitaretur an esset locatio & conductio, quia inciperet a locatione (qua de causa Tit. *De iur. emph.* in Codice sequitur immediate titulum *De locat. & conduct.*) an potius emptio & venditio, propterea quod non magis a domino expelli posset conductor, quam si emisset: an denique societas quaedam fructuum & commodorum rei emphiteuticae inter dominum & emphiteutam, §. *adeo autem. Inst. de locat.* (Inst. 3, 24, 3)

- (48) 四七六年から四八四年のゼーノー帝の勅法 (C. 4, 66, 1) は、永借契約を賃貸借でも譲渡でもなく第三の独立した契約類型と捉えている。

- (49) 注 38) で挙げた原田『ローマ法』一三四—一三五頁以外にも、ローマ法の現代の教科書に見られる説明を紹介しておこう。「永借権は、およそ四八〇年のゼーノー帝勅法 (C. 4, 66, 1)〔注(48)に記したように、クリュエーガー版では a. 476-484 とされている〕を基礎に、ほかのものと異なった独立した物権として現われる。その起源は二つの方面からのようである。一方では、国家、都市、植民市、寺院、司祭組織がウエクティールガルを負担させて農地を私人に賃貸することと結び付いているように思われる。そこでは……一定の期間の賃料を対価として、永続的または相当長期間、土地の全面的で排他的な利用権が私人になった。借主のものとなった。この利用権は、時がたつにつれ、土地に対する、移転・譲渡可能な物権の観点から見られるようになった。他方、永借権は、属州において、何世紀も前から効力があつた、外来の制度に起源があるように思われる。紀元前五世紀から、ヘレニズムの地方では、開墾し耕作し、期間毎に賃料を支払う義務を伴った、未耕作のまたは耕作された土地が、永続的賃貸の形で、私人に譲与されていた。長期にわたり、公有地と見なされた属州の土地に対する私人の排他的な利用権を、先に示したことに従って、ローマ人は同じ様な見方で捉えた……（我々に利用可能な史料はそのいくつかしかおそそく示していないので

あろうか) こうした様々な形式は、厳密に法的な輪郭で統一的には集められなかった。すでに古典期に、法学者たちは、ウェクティール負担の土地の賃貸借の性質について議論していた。つまり、賃貸借と考えるのか売買と見なすのかである。類似的議論は、ゼーノール帝の勅法からわかるように、その後の世紀にもなされていた。四、五世紀に、こうした様々な譲与は、公の団体からであれ、私人の側からであれ、永借権 *ius emphyteuticarium* として、この名称で統一されたようである。名称の統一に続いて、統一的で厳密な法的構造の要求がおこり、立法によりゼーノール帝がこの要求を実現した。皇帝は、譲受人に不変の一定賃料を支払うことを対価として、土地の排他的全面的利用権を与える、所有権者と譲受人との間の合意は、賃貸借でも、売買でもなく、土地に対する永借権 *ius emphyteuticarium* をそれ自体で設定する行為であると宣言している。さらに期間毎の譲受人の給付義務は、完全な土地の破壊の場合を除いて、土地の変更や被害によって減額することはないと規定した。永借権は、それ故、それ自体、他人の物に対する物権の形をよるようになったが、所有権ともほかの他物権とも異なっていた。ユ帝が一連の規定により規制を完成した。……所有権者の権利を、単なる賃料の受領・永借地転売料(尊敬料)・先買権に縮減してしまふ、永借権の完全性は、中世法学において、所有権の分割という観念と結び付いて、本来(上級)所有権と準(下級)所有権という区別の観念を生ぜしめた」(Volterra, Istituzioni, p. 426-428).

- (50) ここでファールヴルが援用している (Locatio conductio の章の) Inst. 3.24.3 では、売買と賃貸借が類似しているために、いずれであるのが議論された例として、永代借を挙げ、ゼーノール帝が立法により別の契約として確立したこと、および危険負担の問題が述べられており、特に、組合と考える学説が挙げられているわけではない。

- (51) *Emphyteutae comparatur etiam feudatarius sive vasallus, qui accepit a domino feudum, id est beneficium possessionis certae rei, cuius possessionis commoda omnia tandiu sit percepturus, quando se beneficio indignum non reddiderit, quod ipsum eveniret ut se beneficio indignum redderet, si non pareret conditionibus, sub quibus feudum accepisset, vel quod esset gravior, si vin aut insidias domino struxisset, quod Feudistae vocant, Felonian comittere. Sunt enim nomina ista omnia barbara & ex lingua Longobardorum ex quorum moribus totum ipsum ius Feudorum derivatum est.*

- (52) 封建法の起源が人文主義法学時代以降の重要な論点であった(ローマ、ケルト、ガリア、フランク起源説)ことは、例えばヴィーコを通じても一般に知られているところである。ルネサンスの人文主義法学者は中世の所有権法、特に封という法制度が古代ローマ法とは別のものであることを発見したのであるが、キュジャースは封の起源を古代ローマの「隷属平民」から発展したものであるとしており、オートマンはゲルマン民族の起源としていた。ピーター・パーク(岩倉訳)『ヴィーコ入門』五五頁。法制史学者が人文主義法学者の議論について研究したものとして、D. R. Kelly, *De origine feudorum: The Beginnings of an Histor-*

ical Problem, in *Speculum XXXIX*. (1964) p.207-228 (now in: Kelly, History, Law and the Human Sciences, Medieval and Renaissance Perspectives (1984)) D. R. Kelly, The Rise of Legal History in the Renaissance, in: *History and Theory IX*. (1970) p.174-194 (now in: Kelly, History) 註 p.187-190. D. R. Kelly, Foundation of Modern Historical Scholarship, *Language, Law and History in the French Renaissance* (1970) p.183-194 参照。

(53) Quamquam illud etiam dici potest, sicut a iure vetigali originem traxit ius emphyteuticum, ita & a iure emphyteutico feuda promanasse. Habent enim pleraque similia, nisi quod & de nobilioribus bonis fieri solent, & melioribus conditionibus. Caeterum si quid sit in quo non habeant feuda propriam naturam, placet iisdem legibus ea regi quibus & bona emphyteuticaria.

(54) Bonus vero feudalibus & emphyteuticariis opponuntur illa quae nos vocamus allodialia, quae libera sunt ab omni onere solvendi canonis, vel tributū annui, aut alterius praestationis, & quorum dominium sibi vindicare alius nemo possit. Istis ergo omnibus quia domini non sunt vindicatio directa competere non potest, competit tamen utilis in rem actio, ne sit in potestate iniusti cuiusque invasoris occupata possessio, eo praetextu quod non sint ipsi domini, ius eorum laedere, praeter id quod dici solet, verumque est plus cautionis in rem esse quam in personam *dict. l. l. §. 1. ff. de superfic. (D.43,18,1,1) l. plus cautionis 25. de reg. iur. (D.50,17,25)*

(55) D.43,18,1,1 だ、地上権者に、第三者から妨害を受けたとき、特示命令により、より確実な準対物訴権を付与されること (quia melius est possidere potius quam in personam experiri, hoc interdictum proponere et quasi in rem actionem polliceri) D.50,17,25 は対人より対物の方がより確実な担保となる原則を示している。

D.43,18,1,1 ULPIANUS libro septuagensimo ad edictum.

Qui superficiem in alieno solo habet, civili actione subnixus est: nam si conduxit superficiem, ex conducto, si emit, ex empto agere cum domino soli potest. enim si ipse eum prohibeat, quod interest agendo consequetur: sin autem ab alio prohibeatur, prestare ei actiones suas debet dominus et cedere. sed longe utile visum est, quia et incertum erat, an locati existeret, et quia melius est possidere potius quam in personam experiri, hoc interdictum proponere et quasi in rem actionem polliceri.

ウルピアヌス『告示注解』第七〇巻

他人の土地に地上物を有する者は、市民法上の訴権によって保護される。実際、彼は、地上物を賃借したのであれば、借主訴権により、買ったのであれば、買主訴権により、土地の所有権者に対して訴えることができる。もし所有権者が彼に禁じたときは、彼は訴権を行使して損害が賠償される。しかし、もし第三者により禁じられたならば、所有権者は、自己の訴権をその

者に与え譲渡しなければならない。しかし賃貸が存在したかどうかは明確でないこともあったので、また对人権を行使するよりも占有する方がよいので、この特示命令を宣言し、準対物訴権を付与するのが、ずっと有利であると考えられた。

D. 50, 17, 25 POMPONIIUS libro undecimo ad Sabinum.

Plus cautionis in re est quam in persona

ポーンポニウス『サビヌス注解』第二一卷

对人よりも対物の方がより確実な担保である。

- (56) Haec vero duplicis in rem actionis distinctio, magnam interpretibus errandi occasionem praebuit, existimantibus, sicuti actio in rem alia directa est, alia utilis, ita & dominium duplex esse, directum unum, utile alterum: nemque quia viderunt huiusmodi actionis causam a domino potissimum pendere. Neque tamen locum aliquem iuris nostri proferre possunt, quo haec distinctio, quae prorsus commentitia est, probetur. Non enim agnoscunt Iureconsulti alium dominum quam qui talis sit iure gentium, vel civili, id est, qui vel bonitarius sit, vel Quiritarius.

- (57) Et quamvis domini, quos nostri vocant utiles, videantur habere nescio quid simile cum dominis bonitariis, quantum tamen ab eis differant, vel ex eo intelligimus, quod domini bonitarii habebant olim directam vindicationem, ut cernere est in marito vindicante rem dotalem, cuius utique dominum non habet nisi bonitarium, *l. dote 9. C. de rei vind. (C. 3, 32, 9) inunct. l. quamvis 75. ff. de iur. dot. (D. 23, 3, 75)* Nam nec aliud quicquam est, Rem in bonis habere, quam eius recuperandae nomine, si eam amiserimus, habere actionem, aut eius retinendae gratia, exceptionem, *l. rem in bonis 52. ff. de acquir. rer. domin. (D. 41, 1, 52) l. id apud se 143. de verb. sig. (D. 50, 16, 143) l. is actionem 15. de reg. iur. (D. 50, 17, 15)* At illi, quos vulgo nostri dominos utiles appellant, utilem duntaxat in rem actionem habent, nunquam directam: Non sunt ergo domini bonitarii.

- (58) Volterra, Istituzioni, p. 36 は、名譽法訴権を、市民法訴権に対してその範囲を拡張する準訴権、市民法訴権の要件の存在を擬制する擬制訴権および類推すら認められない事実訴権に分類して説明しているが、注(36)で指摘したように、プーブリキウス訴権は擬制訴権であり、擬制訴権は準訴権の一種である。もともと注(38)にあるようにプーブリキウス訴権をさらに本来訴権として準プブリキウス訴権が付与されることがある。いずれにせよ、市民法と法務官法上の所有権の統一をはかったユ帝の勅法(C. 7, 25, 1)を念頭に置けば、ユ帝段階でのプブリキウス訴権は通例想定される擬制の意味はないとも解釈できるかも知れない。片岡「研究(一)」六四頁以下。ちなみに、ファールは、『実務家誤謬集』第三章誤謬五でこの区別の廃止を明確に自覚しつつはいる。「C. 7, 25, 1にあるユ帝の上述の勅法以後、今日では、確かに、以前は単に法務官法上の所有権者と言われていた者

は誰でも市民法上の所有権者であり、法務官法上の所有権者と区別・比較して以前は単に市民法上の所有権者と言われていた者は、今日では存在しない。なぜならユ帝は市民法上の所有権という裸の(名目的な)権利も名称も廃止したのであるが、しかし、市民法上の所有権という名称自体や権利は廃止せず、むしろ法務官法上の所有権を廃し、今日では所有権の種類は、法務官法上ではなく市民法上のと言わなければならない一種類であるが、こうしたものは、決して裸の(名目的な)ものではなく、常に効果や、つまり所有権のすべての効用と結びついているのである。(Hodie namque post supradictam Iustiniani constitutionem in d. l. unic. C. de nud. iur. Quinti. tollend. Quintarius est quisquis antea bonitarius tantum dicebatur, qui antea Quintarius tantum dicebatur ad differentiam & comparationem bonitarii hodie nullus est, quia nudum ius & nomen domini quintarii Iustinianus sustulit, at nomen ipsum iusque domini quintarii non sustulit, quin potius dominium sustulit bonitarium, ut hodie unicum domini genus duntaxat sit, quod non bonitarium sed quintarium dici debeat, sed tale quod nunquam nudum sit, sed semper cum effectu, id est, cum omnibus domini utilitatibus coniunctum.)

(59) C. 3, 32, 9 は、女奴隷が嫁資に属していたことを証明すれば、妻によつては取戻請求がなされえないとする勅法である。註釈の事案解説(CASUS)もこの解釈をより正しいとしているが、妻が取戻請求を行い敗訴した後に、にもかかわらず夫が取戻請求できるかを問題としていたという別の解釈も示唆している。もともとこの法文に対応するバシリカ法典(B. 15, 1, 88)は、夫が所有権者であるから父親は取戻請求できないとしている。D. 23, 3, 75 は、嫁資は夫の財産中(法務官法上の所有権)にあつても、妻のものであるとし、嫁資である土地が追奪されてしまったとき、彼女は、締結しておいた二倍額の財産担保問答契約に基づき直ちに訴えることができ、婚姻期間中の嫁資財産の帰属について、夫に所有権があるが利益を受ける権利(emolumentum potestas)は妻にあるとする法文である。嫁資については、婚姻解消の際の返還強制手段の欠如を補うために、妻の財産担保問答契約 cautiones rei uxoriae に基づく訴権や妻の財産訴権 actio rei uxoriae といった対人訴権が考案されるといったような展開をみたのである。この法文は、夫の財産中にありながら妻にあてられた財産であるといった矛盾した状況を表現していると思われる(Volterra, Istituzioni, p. 686-687 p. 687 n. (2)). 「ユ帝法段階では嫁資に対する夫の権能の縮減はさらに進み、単なる管理権に近づいていき、妻に対物訴権が与えられている。『ローマ法大全』には古典期の状況を反映する法文と、ビザンツ時代の考えに対応する法文があるために、嫁資の所有権の帰属をめぐる論争が生じることになる。近世法学は、妻に dominium dormiens や naturale が帰属するとか、妻が所有権者で夫は dominus ficticius iuris であるとするなど一種の二重所有権の構成を生み出すのである」(Volterra, p. 687 n. (3)). ちよび P. Jörs/W. Kunkel, Römisches Privatrecht, 3. Aufl. (1949) S. 284 Fn. (5) を参照。フーヴァールは、この箇所では、夫を法務官法上の所有権者として、夫は、準ではなく本来訴権を行使しようと解しているの

ある。

C. 3, 32, 9 Impp. Carus Carinus et Numerianus AAA. Antonio. [a. 283]

Doce ancilliam, de qua supplicis, dotalem fuisse in notione praesidis: quo patefacto indubium erit vindicari ab uxore tua nequivisse.

皇帝カールス、カリヌスおよびヌメリアヌス帝からアントーニウスへ

汝が嘆願する女奴隷が嫁資に属していたことを、長官の審理において、汝は明らかにせよ。これが明らかになれば、汝の妻によって取戻請求されなかったことは疑いがない。

D. 23, 3, 75 TRYFONIUS libro sexto disputationum.

Quamvis in bonis mariti dos sit, mulieris tamen est, et merito placuit, ut, si in dotem fundum inaestimatum dedit, cuius nomine duplae stipulatione cautum habuit, isque marito evictus sit, statim eam ex stipulatione agere posse. porro cuius interest non esse evictum quod in dote fuit quodque ipsa evictionem pati creditur ob id, quod eum in dotem habere desit, huius etiam constante matrimonio, quamvis apud maritum dominium sit, emolumentum potestatem esse creditur, cuius etiam matrimonii onera maritus sustinet.

トリフォニウス『討論録』第六卷

嫁資はたとえ夫の財産中（法務官法上の所有権）にあつても、妻のものであり、価値評価をせずに妻が土地を嫁資として与え、そのために二倍額の「損害賠償の」問答契約により担保したが、その土地が夫から追奪されれば、彼女は直ちに問答契約に基づき訴えることができるというのが通説であり正しい。さらに、嫁資にあったものが追奪されないことが彼女の利益であり、彼女が嫁資として有することがなくなるので、彼女自身がその追奪を被ると考えられるから、その婚姻の期間中、たとえ夫に所有権があり、その婚姻の負担を夫が支えるにせよ、利益を受ける権利は（妻に）あると考えられる。

ドノー『市民法注解』第一四卷第四章は、「夫は、無条件に嫁資の所有権者ではなく、単に、部分的に、つまり所有物取戻訴権および収益権、奴隷については解放権および命令権までであり、その他のものは彼の所有権にはないのであり、真に無条件に所有権者であるとは万民法上も市民法上も言われえない。」（*maritum dotis dominum esse non simpliciter, sed modo quodam, & ex parte, nempe vindicatione tenus, & fruendi potestate; in servis autem etiam manumittendi & iubendi iure. Caetera domini eius non esse: ut vere & simpliciter dominus dici non possit nec iure gentium, nec iure civili*）と云っている。嫁資の所有権の帰属に関する人文主義時代の議論については、ドノー全集にあるこの箇所についてのオズヴァルド・ヒーリガーによる脚注（6）が参考

になる。ここでは、夫と妻の所有権 *dominium naturale* と *civile* と *bonitarium* と *Quiritarium* と分割して把握する説の紹介の後、D.2,8,8,1は、かつては夫が法務官法上の所有権者であり妻が市民法上の所有権者であったが、今日では(C.5,12,30)「妻に自然法上の真の、夫には市民法上の擬制の所有権を帰属させている。しかしこの区別をC.7,25の章は廃止した云々と解説がなされている。Hugo Donek, *Opera* (Lucae) Tom. III. col. 1023-24. 婦女は法廷出頭を担保する保証人にならないが、夫が嫁資である土地を請求するときには、妻は自己の利益のために保証人となることとがであるとする法文(D.2,8,8,1)に対する、フーヴルの学説彙纂逐条解説書『市民法推論集』(*Rationalia in partem Pandectarum*)を見ると次のようにある。「たとえ嫁資は夫の財産中につき法務官法上の所有権にあるにせよ、妻のものにつき市民法上妻の所有権にある(D.23,3,75)。嫁資が奪われないように嫁資が守られることは夫に劣らず妻の利益である。今日ではトリボニアヌスにより法律学が変更され反対である。なぜなら法務官法上の所有権が自然法上の真の所有権であり、ウルピアヌスが『断案録』第十九章で記していたように、市民法上の所有権よりもより強く力ウサであるから。妻に法務官法上の所有権があると考えられ、夫には単に市民法上の擬制による(C.5,12,36) また(ローマ)市民法上の所有権があるにすぎない。このことを、ユースティニアヌスは昔の煩瑣な議論の笑いぐさであるとしている(C.7,25,1)」。従って、嫁資である土地のために保証する妻は、自己の利益のために保証人となることと書かれていことはなお正し。」(*Quantvis dos sit in bonis mariti, hoc est, in dominio eius bonitario, est tamen mulieris, i. in dominio mulieris quiritario. L. quantum 75 de iure dot. nec minus interest mulieris, quam mariti dorem defendi, ne sit ipsa indotata. Hodie inversa per Tribonianum iurisprudencia contra est. dominium enim bonitarium, naturale, & verum, cuius passim melior & potior causa est, quam quiritarii, ut Ulpianus in fragmentis scribit, titul. 19. mulieris esse creditur, mariti vero non nisi civile & fictitium. l. in rebus 36. C. de iure dotum. ac proinde quiritarium, quod antiquae subtilitatis iudicium appellat Iustinianus. l. unic. C. de nud. iur. Quirit. tollen. Tanto magis igitur hodie verum est, quod hic scribitur, in rem suam fideiungere mulierem, quae pro fundo dotati fideiubet.*)

- (60) D.41,1,52は「占有者が、抗弁と回収のための訴権を有しているときに、彼は法務官法上の所有権者であるとする法文、D.50,16,143は「物を持つていることをそれにいつての訴権を有していること」から捉えている法文、D.50,17,15も回収のための訴権を有する者がその物を持つているとする法文である。」

D.41,1,52 MODESTINUS libro septimo regularum.

Rem in bonis nostris habere intellegimur, quotiens possidentes exceptionem aut annitentes ad recipendam eam actionem habemus.

モデステイヌス『法原則集』第七卷

占有している我々が、抗弁を有し、それを失ったときに回収するための訴権を有していれば、その物は我々の財産中（法務官法上の所有権）にあると考えられる。

D. 50, 16, 143 ULPANUS libro nono ad legem Iuliam et Papian.

Id apud se quis habere videtur, de quo habet actionem: habetur enim quod peti potest.

ウルピアヌス『ユリウス・パピウス法注解』第九卷

それについての訴権を有している者が持つていると考えられる。実際、訴えられうる物が持たれるということである。

D. 50, 17, 15 PAULUS libro sexto ad Sabinum.

Is, qui actionem habet ad rem recipiendam, ipsam rem habere videtur.

パウルス『サビヌス注解』第六卷

物の回復のために訴権を有している者が、物自体を持っていると考えられる。

- (61) 原田『ローマ法』一〇三頁は、「危険を感じる隣地者は発生することあるべき損害を担保する未発生損害担保問答契約を要求しうる。もし応じないときは、該建物を危険を感じる隣地者に所持せしめ (missio in possessionem ex primo decreto 第一回の裁定による占有付与) 一年をへてなお設定のないときは、所持者は法務官法上の所有権者となる」と説明する。

- (62) Volterra, Istituzioni, p. 365 では、「命じられた者が、未発生損害担保問答契約をなすことを拒否すれば、法務官は、請求者に、作業の行われているまたは危険な建物のある土地の所持を認めた（第一回裁定による占有付与）。利用された用語 (possessione) にもかかわらず、この最初の取得は、損害をおそれる所有権者に、命令された者の土地の真の固有の占有をさせたわけではなく、保管行為を行うようにさせる、一種の合法的な所持をさせたのである。定められた期間が無益に過ぎた場合、第二回の裁定で、法務官は未発生損害担保問答契約を要求した者に土地を占有させる（第二回裁定による占有付与）。この占有は、期間の経過により、使用取得をもたらし（法務官の第二回裁定がウース・カピオーの正当原因を構成したのである）。未発生損害担保問答契約は、後に、永借権者、地上権者および用益権者にも認められた」と説明されている。

- (63) なお後に問題になることであるが、使用取得と長期間の前置きに関して、古典期ローマ法はユ帝法の改革を受けているが、注(34)で指摘したように、中世法学が usucapio という用語が用いられていないことを捉えて分割所有権の存在を推論したことなどにも鑑み、本稿では特に断りのない限り、翻訳するにあたっては、usucapere を使用取得、capere を取得、prescribere を時効取得と、一応、機械的に、訳すことにしておく。

- (64) このことについては、モムゼン大版には指摘がないが、一七七六年ゲッティンゲンのゼバウアー版の欄外注には指摘されてお
り (Vulg. aedibus, abest. BR. Etiam in Rhed. GEB.)。一六二七年リオン版では、すでに aedibus が採用されているが、例えば、
一五七六年のトリノー版 (Augustae Taurinorum, Apud haeredes Nicolai Benitiquae, Spangenberg, N.295) では未だに欄外注に
指摘されているにとどまっていた。ドノー『市民法注解』は永借権についての章でこの法文を扱う (『全集』第二巻 col.1251)、
建物に対してウエクティールガル負担が設定されないと主張している。「永借権が成立するものは、土地つまり地所である。従っ
て、不動産にも、不動産の中の建物にも、永借権は設定できない。ウエクティールガル負担または永借権が生じ、そう言われる土地
は、私が述べたように solus である。……しかし D.39,2,15,26 においてウエクティールガル負担の建物と我々は読む。しかしそ
こでの権利の永続的使用から、ウエクティールガル負担の土地に建てられたものを、我々は、ウエクティールガル負担の建物と理解
するか、あるいは、言葉を濫用して、地上権の代わりにウエクティールガル負担のと言われているのであると主張する。Res, in
qua consistit ius emphyteuticum, est ager, seu fundus. Non ergo in emphyteusini dari possunt res mobiles, sed nec ex immobilibus
aedes. Soli sunt, ut dixi, agri qui fiunt & dicantur vectigiales aut emphyteuticarii. . . . Legimus tamen vectigiales aedes in *l. si
familia, §. si de vectigalius aedibus, D. de damn. inf.* Sed ex usu perpetuo iuris illic accipimus aedes vectigiales, quae sunt in praedio
vectigali aedificatae: aut dicemus abusive vectigales diclas pro superficiariis. 全集にあるオスヴァルド・ヒールガーによる脚注
では、この説明に対する異論が紹介されている。

- (65) ゼバウアー版の欄外注には Rhed. Addit: est a praetore. GEB. 2469。

- (66) E. P. J. Spangenberg, Einleitung in das römischen Rechtsbuch oder Corpus Iuris Civilis (1817) (Neudruck 1970) S.269-270
は、註釈の印刷刊本も全面的に信用できるものではないことを指摘し、彼自身は、一五六〇年以後のものは一切利用しないとい
ている。筆者の経験でも例えば C.2,40(41),5 に対する註釈は「あるうは、ブラチエンティーンにすれば、ユ帝は飲んだく
れていたのであった、それらの法律を覚えていなかった」 (Vel secundum Placen. biberet hic Iustinianus, & non recordabatur de
illis legibus) であるから面白くない。biberet のうはが liberat では意味をなさなく。註釈付き『ローマ法大全』刊本に
ごさつ。今日では Corpus glossatorum iuris civilis, curante Iulio Iulio historiae Instituta Taurinensis Universitatis, rectore ac
moderatore Mario Viora, Augustae Taurinorum (1968-69) が容易に利用でき、一六・一七世紀の註釈付き『ローマ法大
全』が問題をならんとし、この Accursii Glossa in Digestum vetus (1969) にある前書きを参照。より深刻な問題とし
て後注(117)を参照。

- (67) [Si de vectigalius] CASUS. 「ある者が都市からウエクティールガル負担の (で) 家屋を賃借した。この家屋がティティウ

スを倒壊による危険にさらしている。それ故、ティティウスは、借主に、未発生損害担保問答契約をなすように請求していた。借主が担保問答契約を行わず、ティティウスは、そのため、第一回裁定により、占有を付与された。その後、最終的には第二回裁定により「占有を」付与された。その第二回裁定により何が生じるのかが問われる。そして所有権は生じないと言われる。なぜなら担保問答契約をしない借主も「所有権を」有していたわけではないから、借主が有していた権利が生じるのである。第二回裁定では述べている。倒壊を恐れていたティティウスが家屋の所有者権者であった都市へ行き、彼のために担保問答契約を行うように請求した。そして都市は担保問答契約を行おうとしなかったので、ティティウスは第二回裁定により占有を付与された。第二回裁定により何が生じるのか。ティティウスは時効取得を開始する (incipiet . . . praescribere) ので、使用取得により所有権が生じることは確実である⁹」(Aliquis conduxit domum vectigalem ab aliquo municipio. haec domus minatur ruinam Titio: unde Titius petebat sibi caveri a conductore: conductor non cavit, & sic Titius missus est in possessionem) ex primo decreto: tandem postea missus est ex secundo: quaeritur quid consequitur per istud secundum decretum? Et dicitur quod non consequitur dominium: quia nec conductor qui non cavit habebat: sed consequitur illud ius quod habebat conductor. Secundo dicit: pone quod Titius qui timebat ruinam, iuit ad municipium cuius erat domus: & petit sibi caveri: & municipium noluit cavere, & sic Titius missus est in possessionem) & ex secundo decreto. Quid consequitur per secundum decretum? & certe consequitur dominium per usucap(ionem) nam incipiet iste Titius praescribere. FR. ACC.)

- (68) s. Si de vectigalibus. 「……借主が有している権利だけを、占有を付与された者は有するようになるにすぎない。しかし、賃貸していた都市が担保問答契約を行わないのであれば、指摘されているように、使用取得される。これを支持する法文は、D.39,2,9,5; D.39,2,12 (his qui?) である。二つあるのは、マルティーンによれば、最初(の法文)は国庫から賃借したと述べづおり、後(の法文)は都市からの場合を述べている。三つ、ポリオやプラチエンティーンのように第三の説をとる者は、最初(の法文)は占有を命じられず、つまり直ちにであると理解され、[後の法文は]期間を置いてであると述べている。これを支持しているのはD.39,2,15,21; D.39,2,15,22であるが、この説には従わない。四、第四の説をとる者たちは、最初は建物について、後の方は農地 (rusticum praedium) についてであるように立つていようが、この立場もいふなり。それ故、第一と第二(の説)に従ふ」(Ne primum responsum contradicat secundo: dic casum. Si de vectigalibus aedibus conductis ab aliquo municipio non caret conductor de damno infecto: ius solum quod habet conductor, habebit missus. Si vero municipes qui locaverint, non caveant, usucapitur: ut subicit, *pro hoc supra eod. l. hoc amplius*. §. *Celsus*. (D.39,2,9,5) & *l. is qui*. (D.39,2,12? his qui) 2. Vel secundum M. principium loquitur cum conduxit a fisco: finis cum a municipio. 3. Tertii, ut Pi. & Pla. dicunt principium intelligi ut non iubeatur

possidere, scilicet statim, sed ex intervallo sic: ut *in fin. pro quo est s. eod. §. non autem. & §. si forte.* (D. 39, 2, 15, 22) quod non placet. 4. Quarti dicunt quod principium dicat in aedibus, finis in rustico praedio, nec haec positio placet: unde secundum primum & secundum proseguere licetam.)

- (69) t Vectigalibus. sunt vectigalia praedia, quae conducti quis a fisco in perpetuum in quamdiu solvatur pensio: ut s. *si ager vectigalis. l. 1.* (D. 6, 3, 1)

- (70) u. Non caveatur. 「第一のケース (説) によれば都市の借主にとつて。または、第二のケース (説) によれば、国庫から賃借やふた建物とてつづきあるやうにせよ」 (a conductore municipii secundum primum casum: vel dic aedibus a fisco conductis, secundum alium.)

- (71) x. Nec iubendum. 「第一のケース (説) によれば、担保問答契約を行わない者も有していないのであるから、第二回裁定により、占有付与のされた者が所有権を有するようには。」二、または第二のケース (説) によれば、土地の理由からだけではなく、国庫の優遇のため (Inst. 2, 6, 9)。(ex secundo decreto ut habeat missus dominium, cum nec ille qui non cavet, habeat secundum primum. 2. Vel favore fisci, non solum ratione praedicta, secundum alium: ut Inst. de Usucap. §. res fisci. ACCURS.)

- (72) y. Sed decernendum, per secundum decretum.

- (73) z. Vectigali. scilicet, utili in rem: ut s. *si ager vect. l. j. & ij.* (D. 37, 2, 1 & 2)

- (74) 「……最後に、封臣にこつてウエクティールにおいて生じる同じことが封や小作や容假占有についてと同じかを私は問ふ。同じことは十分に言ひなせよ」 (b. Per longum tempus. . . Ultimo quaero an idem quod in vectigalibus fit in feudataris, libellariis & precariis? quod satis dici potest.)

- (75) 一六二七年註釈付キリヨン版に付加されたキュジャースの解説の付加 Aditio には、最初のアッコルソの説が正しくそれ以下の註釈の部分は削除せよとあり、またビュデが第一回裁定によつては占有者にならず単に占有にあると解釈してゐることを最悪であるとしてゐる。しかし使用取得の要件となる占有ではないといふことを明確にしてゐるという意味では pessime vero omnium Budaeus は厳し過ぎるやうなれぬ。ADDIT. Prima haec Accursii interpretatio recta est, ceterae falsae sunt. incipe ergo delere ab his verbis, *Vel secundum M. & c.* usque ad finem. pessime vero omnium Budaeus, *mitendum in possessionem* ex primo decreto, ex quo non fit possessor, sed in possessionem tantum. CUIAC.

- (76) 本稿で利用したのは「一五八五年ヴェネツィア版全集」である。Bartolus A Saxoferrato, In primam ff. Novi Patrem (Commentaria): Nunc recens . . . novissime accesserunt additiones Iacobi enochii . . . Venetiis, MDLXXXV. (Index Aureliensis Catalogus

Lithorum Sedecimo Saeculo Impressorum 114.237. S. 293)

- (77) Contumacia eius qui fundum vectigale(m) habet, non p(re)iudicat d(omi)no, quo ad s(e)c(un)d(um) decre(tum) sed ipsius d(omi)ni contumacia req(ui)ritur. h. d. Dividitur in duas partes. Primo, q(ua)n(do) interpellatur, qui h(ab)et fundum vectigalem t(antum). S(e)c(un)d(o) q(ua)n(do) interpellatur d(omi)n(u)s. S(e)c(un)d(a) ibi, sed in vectigali. Opp(onitur) & v(idetu)r, q(uod) iste tex(tus) sibi c(ontra) dicat, & huius c(ontra)rii timore gl(ossa) dat quatuor sol(utiones) & duas tenet. Tu teneas unam, & prima est, q(uod) in prima parte fuit interpellatus possessor, in s(e)c(un)d(a) d(omi)n(u)s & ista est vera, & eam teneatis. Secunda sol(utio) est, q(uod) res vectigalis est fisci, ut in prin. §. ide(q)ue non posset possideri ex secundo decreto, secus si alterius municipii, ut in f(ine). Sed istud non placet, quia fiscus utitur iure minoris. l. res. pub. C. ex qui. cau. ma. (C. 2, 53(4), 4) [この注文は「国家は通常未成年者の権利を利用するものだから、それ故、原状回復の助けを求める人などがあるから、それゆゑ Res publica minorum iure uti solet ideoque auxilium restitutionis implorare potest.」 sed c(ontra) minore(m) interponitur s(ecundu)m decre(tum) ex hac ca(usa), ut s(uper). eod. §. si forte. ergo & c. (D. 39, 2, 15, 22) Tertia non placet, q(uia) non et(iam) c(ontra) possessorem interponitur s(ecundu)m decretum statim. Quarta non placet, quia non h(ab)et rationem. 註釈が並記している複数の矛盾調和のうちバルトロやバルドが一つの説のみを正しいと選択することは、夫婦間贈与の「固め」の問題でも見られるという。野田龍一「夫婦間贈与の「固め」の範囲について——サヴィニーおよびポアンナードのローマ法源解釈——」福岡大学法学論叢第四〇巻第一号一三一—一七頁。
- (78) バルトロの注解の第七節は「封のゆゑあるゆゑにのみ、永借権は、未発生損害に基づいて、第二回裁定がなれるゆゑにちなむなり」(7. Ius emphyteuticum ex causa damni infecti non venit in secundo decreto, nisi quemadmodum feudum.) ゆゑに「しかし未発生損害の場合はどうか。上で述べたことと同じである私は言う。なぜなら、その準(下級)所有権は、質料の人的債務と結び付いており、他方なしに一方を移転できなうから」(Sed quid in causa damni infecti? Dico idem q(uod) s(upra) dixi, q(uia) istud ius d(omi)ni utilis, est connexum cum obl(igati)one personali ad pensionem, & sic unum non po(tes)t transire sine alio.) ゆゑに
- (79) (Vel dic plenius, secundum IMOL.) Si fiat missio contra illum qui habet utile dominium vel quasi: id tantum transferitur per secundum decretum: non autem transferitur directum dominium vel quasi: quod bene transferitur si secundum decretum interponetur contra ipsum habentem directum dominium vel quasi. h. d.
- (80) Idque omnium elegantissime probat, quod Ulp. scribit in d. l. si finitula 15. §. si de vectig. ff. de damn. infect. (D. 39, 2, 15, 26) ubi

tractans de vectigalibus aedibus, quae ruinam meis minentur, distinguat. An egerim contra possessorem ut mihi caueretur, contra ipsos municipes: ut si contra municipes, eadem omnia sint observanda, quasi contra quemlibet alium dominum ageretur, minimum ut si mihi non caueatur, iubeat praetor primo decreto me mitti in possessionem aedium vectigalium, non ad faciendum me possessorem, multo minus dominum bonitarium: sed ad cautionem ex longae possessionis tædio extorquendam, quae si non praestetur, tum demum secundo decreto iubeat me mihi eas aedes possidere: (quae si non praestetur, tum demum secundo decreto iubeat me mihi eas aedes possidere:) cuius decreti secundi potestate non tantum nouus possessor fiam (si quidem vero possidere mihi aliud est quam sibi habere) verum etiam dominus bonitaris, & ex illo tempore incipiam usucapere ad acquirendum mihi dominium Quiritarium, ut scribit & sentit Ulpian. in §. *Id. eundem legis*. (D. 39. 2, 15, 16) At si non agam contra municipes, qui soli sunt domini aedium vectigalium, sed contra te qui tantum sis possessor, iubebit praetor me perinde quidem mitti in possessionem, te non cauente: sed quamuis perseueres non cauere, non ideo iubebit me mihi possidere, quia secundo illo decreto faceret me dominum bonitarium, & ita praestaret mihi causam usucapiendi, quorum tamen neutrum fieri potest, quia non plus iuris ob tuam contumaciam praetor in me transferre potest, tu vero qui aedes istas tanquam vectigales possidebas, neque dominus bonitaris fuisti, neque illas unquam usucapere potuisti, obstante videlicet mala fide, cum hoc ipso quod sciuisi vectigales esse, sciueris etiam alienas. Certum quippe usucapionem non magis posse procedere sine bona fide, quam sine possessione, *l. ubi lex 24. cum seq. l. quam rem 38. ff. de usucap.* (D. 41. 3, 24) (D. 41. 3, 38) Igitur hactenus mihi succurret praetor, ut decernat eodem iure esse apud me istas aedes vectigales, quo fuerunt apud te qui non cauisi. Post quod decretum ita interpositum, etsi nullo modo ero dominus, quia neque tu fuisti, habebō tamen actionem vectigalem, id est, utilem in rem, quia & tu eam haberes.

(81) D.41.3.24 は、法律が使用取得を禁じていれば、善意であつても時効が進行しないこと、そして使用取得不能の原因が物の瑕疵であれば除去される可能性があることを述べるポーン・ポーン・ニウス法文であり、D.41.3.38 は、悪意の占有者は、使用取得できないことを伝えるガイウス法文である。

D.41,3,24 POMPONIIUS libro vicensimo quarto ad Quintum Mucium.

Ubi lex inhibet usucapionem, bona fides possidenti nihil prodest.

1. Interdum etiam si non fuerit inchoata usucapio a defuncto, procedit heredi eius: veluti si vitium, quod obstatat non ex persona, sed ex re, purgatum fuerit, ut puta si fisci res esse desiderit aut furtiva aut vi possessa.

法律が使用取得を禁じているところでは、占有者には善意は何ら有利とならない。

一、使用取得が、被相続人（死亡者）には開始されないとしても、時には、その相続人には利益となる（進行する）。障害となつてゐる瑕疵が人ではなく物に起因してゐるものであれば、瑕疵は除去された。例えば、物が国庫のものでなくなつたり、盗まれたものや暴力により占有されたものでなくなつたときがそうである。

D. 41, 3, 38 GAIUS libro secundo rerum cottidianarum sive aureorum.

Quam rem ipse quidem non potest usucapere, quia intellegit alienum se possidere et ob id mala fide possidet. sed si alii bona fide accipientes tradiderit, poterit is usucapere, quia neque vi possessum neque furtivum possidet: abolita est enim quorundam veterum sententia existimantium etiam fundi locive furtum fieri(n).

ガーイウス『日常法律問題集』第二巻

彼は、自分が他人の物を占有していると承知しており、そのため悪意で占有しているので、その物を使用取得できない。しかしもし彼が善意の第三受領者に引き渡したならば、その受領者は使用取得可能である。なぜなら暴力により占有されたものを占有しているのでも、盗まれたものを占有しているのでもないから。実際、土地や地所についてやえ生じると評価している幾人かの古い学者の判断は廃止されてゐる。

もともとガーイウス法文の末尾に対する註釈は「それ故時効取得される。しかし今日では反対である。」とつて公撰書を挙げつゝ n. Fieri. & ideo praescribitur. sed hodie contra: ut *in Authen. ut sponsa. lar. § morsus*. (Nov. 119. cap. 7 = Auth. 114. coll. 9. tit. 2.) ACCURS.

- (38) Eaque loci illius sententia est, non ea quam vulgo docent interpretes qui horum omnium ignoratione sic Ulpianum intelligunt, quasi tractet ille unam duntaxat speciem de eo qui egit ex causa damni infecti contra municipes: distinguat vero an municipes domini sint, necne; ut si sint, amittant statim dominium aedium ex secundo decreto propter suam contumaciam: si non sint, usucapiendi duntaxat conditionem transferant in eum qui missus fuit: cum tamen apertissimum sit duos casus tractari ab Ulpiano: priorem, quo agatur contra aedium vectigalium possessorem, qui nunquam dominus est: posteriorem vero, quo contra ipsos municipes agatur, qui semper sunt domini. Nec n(on) vectigalem fundum perpetuo fruendum dare posset is qui dominus ipse non esset.

- (38) Fefellit plerosque ex interpretibus etiam subtilioribus, subtilissimus Papin. noster in l. si cum venditor 66. ff. de evict. (D. 21, 2, 66) ubi separat ille actionem Publicianam, & eam quae de fundo vectigali proposita est a Serviana, vel potius quasi Serviana, quod

quamvis omnes sint in rem, attamen hypothecaria non avocatur nisi nudam possessionem, quam nostri interpretantur eam esse quae sit a domino separata: ut inferant, per alias actiones, Publicianam scilicet ac vectigalem non avocari nudam possessionem, avocari ergo dominium aliquod. Atqui non directum, inquit, ut est in confesso: Ergo utile. Sic enim ratiocinantur. Sed neganda est & interpretatio & consecutio. Nudam enim possessionem intelligit Papin. non ex comparatione illius quae sit coniuncta cum domino, ut isti putant, sed illius quae sit coniuncta cum emolumento fructuum, & utilitate.

- (84) ローマ法上「セルウィウス訴権は二つの領域で生じる。cf. F. del Giudice/S. Beltrani, *Dizionario giuridico romano* (1993). 一つは、法務官の売却による、破産者(有責判決を受けた者)の財産の買主は、直ちにその財産に対する市民法上の所有権を取得するのではなく、法務官法上の所有権を有し、この間、彼は、通常、プーブリキウス訴権の代わりに、ルティリウス方式書(訴権)を有しており、これが破産者の債権回収にも利用された。この請求表示では、破産者(つまり市民法上の所有権者)が原告として示され、有責判決では、この買主 *bonorum emptor* の名が示されていた。しかし破産者が死亡しているときには、買主は破産者の相続人であるとの擬制により訴権を行使できた。これがセルウィウス訴権である。cf. Volterra, *Istituzioni*, p. 382. いま一つは、ここで問題になる、有名な抵当訴権である。ローマ法の解説書を見ておこう。「次いで第三者に対しても担保物の返還請求を許すセルウィウス訴権を認めた。帝政一世紀前半には準セルウィウス訴権 (*actio quasi Serviana*) (後の *actio in rem hypothecaria* 抵当対物訴権) が認められ、債権及び担保物の種類の如何を問わず、すべての非占有質に物権性を付与した」(原田『ローマ法』二六三頁)。「債権者に物の占有または所持を移転する必要なしに、質と同じ内容を有する担保物権を設定する可能性は、農地の賃貸借の領域から、あらゆる種類の債務に、あらゆる有体物に広げられた。債権者のこの担保権を保護するために、準訴権の形でセルウィウス訴権が与えられた。この訴権は、準セルウィウス (*quasi Serviana*) 訴権、抵当訴権、執行可能な抵当対物訴権という名でも呼ばれ、債務の不履行が確認されると、何人に対抗しても、抵当物を保持するというものであった」(Volterra, *Istituzioni*, p. 434)。

- (85) Nam & procubdubio per tres illas actiones avocatur semper possessio, nunquam dominium, sed cum hac tamen differentia, quod per quasi Servianam nuda tantum possessio avocatur, quia quantumvis creditor post avocatum possessionem perceperit fructus ex re sibi obligata, illi tamen non creditoris lucro cedunt, sed debitoris: siquidem cogitur creditor eos sibi in sortem computare, id est in solum & exonerationem quantitatis debitaе, adeoque si excedant sortem, cogitur reddere superfluum debitori pignoratitia quandoque agenti. l. 1. C. de pign. acti. (C. 4, 24, 1) perinde acsi debitor ipse eos percipisset, deinde creditori soluisset. Itaque avocata possessio nullam aliam utilitatem adfert creditori, nisi ut possit rem retinere quousque fuerit sibi satisfactum, aut pignus

distractum. At Publiciana, & actio de fundo vectigali non nudam possessionem advocant, sed plenam, coinctam scilicet cum emolumento fructuum quos perinde facit suos possessor, acsi vere dominus esset, quia percipit eos suo nomine & iure, ille quidem propter bonam fidem quae hoc casu tantum operatur, quantum pene veritas ipsa, quia lex impedimento non est: *l. bonae fidei 48, de acquir. rer. domin.* (D. 41, 1, 48) *l. bona fides 136, de regul. iur.* (D. 50, 17, 136) hic vero quia fructus percipit ex veri domini voluntate, *leg. si servus 61. §. locari. ff. de furt.* (D. 47, 2, 62(61), 8)

- (86) この法文はギリシヤ語法文であり、流布本には当然存在せず、註釈付き『ローマ法大全』一六二七年リヨ版などではルコントのラテン語訳が掲載されることになる。法文の復元についてはキュジャース『省察と修正』(Observationes et Emendationes) 第一一卷第三章『全集』第三巻 col. 320) に「確かに法文の最初の文言が今日では待ち望まれており、一つには古い写本が一つにはバシリカ法典がこれらが存在していたことを我々に教えた」(Et legis quidem primae verba, desiderantur hodie, haec nos partim antiquiores libri, partim Basilica fuisse docuerunt) とあるが、このバシリカ語訳のみを挙ぐる。

C. 4, 24, 1 Imp. Servus et Antonius AA. Metrodoro

Fructus ex pignore percepti in debitum computantur, et cum totum debitum adaequant, actio tollitur est pignus redditur. cum vero fructus debitum etiam excedunt, qui superant redduntur.

皇帝セルウスおよびアントーニウス帝よりメトロドールスへ
質物から收受された果実は、債務に算入される。全額に値すれば訴権は消滅し質物は返還される。果実が債務額を超えた場合にも、超過分は返還される。

- (87) D. 41, 1, 48 は善意占有者の果実收受権を述べ、D. 50, 17, 136 は「法律が禁じない限り、善意が占有者にとつては真実の価値を持つことの原理を述べる」のバジリカ法文である。

D. 41, 1, 48 PAULUS libro septimo ad Plautium.

Bonae fidei emptor non dubie percipiendo fructus etiam ex aliena re suos interim facit non tantum eos, qui diligentia et opera eius pervernerunt, sed omnes, quia quod ad fructus attinet, loco domini paene est. denique etiam priusquam percipiat, statim ubi a solo separati sunt bonae fidei emptoris fiunt. nec interest, ea res, quam bona fide emi, longo tempore capi possit nec ne, veluti si pupilli sit aut vi possessa aut praesidi contra legem repetundarum donata ab eoque abalienata sit bonae fidei emptori.

1. In contrarium quaeritur, si eo tempore, quo mihi res traditur, putem vendentis esse, deinde cognovero alienam esse, quia perseverat per longum tempus capio, an fructus meos faciam. Pomponius verendum, ne non sit bonae fidei possessor, quamvis

capiat: hoc enim ad ius, id est capionem, illud ad factum pertinere, ut quis bona aut mala fide possideat: nec contrarium est, quod longum tempus currit, nam e contrario is, qui non potest capere propter rei vitium, fructus suos facit.

2. Et ovium fetus in fructu sunt et ideo ad bonae fidei emptorem pertinent, etiamsi praegnates venierint vel subreptae sint. et sane quin lac suum faciat, quamvis plenis uberibus venierint, dubitari non potest: idemque in lana iuris est.

パウルス『フラウティウス注解』第七卷

善意の買主が、他人の物であっても果実を収受して、自己のものとすることは疑いがない。自らの勤勉や仕事からのものだけでなく、すべての果実である。なぜなら果実に関しては、彼はほとんど所有権者の地位にあるから。収受前でさえ、土地から離れると直ちに善意の買主のものとなる。善意で汝が買う物が長期間によって取得しうるかどうかは関係がない。「取得されないときとは」例えば、未成熟者のものであるとか、暴力により占有されたとか、賄賂に関するユリウス法 (lex rependunum) に違反して属州長官に贈与され長官から善意の買主に譲渡されたときである。

一、他方、私に物が引き渡されたときには、私は売主のものであると考えていたが、その後第三者のものであることを知ったなら、長期間によって時効取得するので、果実は私のものになるかが問題となる。ポーンポニウスは、この者はたとえ取得するにしても、善意占有者ではないのではないかと疑う必要があると「註釈 putat 考えている」。前者「取得すること」は法につまり使用取得に関するものであり、ある者が善意占有であるか悪意占有であるかは事実に関わるものである。長期間が進行する「時効が中断しない」ことは、何ら反対のことではない。逆に、物の瑕疵のために時効取得できない者が、果実を自らのものにするのであるから。

二、たとえ羊が妊娠していたにせよ、奪われたものであるにせよ、羊の子も果実の中にはいり、善意の買主のものである。牛乳も彼のものになることは、たとえすでに豊かな乳房であったにせよ、疑われない。羊毛についてもまた同じルールである。

D. 50, 17, 136 PAULUS libro octavo decimo ad edictum.

Bona fides tantundem possidenti praestat, quantum veritas, quotiens lex impedimento non est.

パウルス『告示注解』第一八卷

法律が妨げない限り、善意は占有者には真実と同じ価値を持つ。

(88) D. 47, 2, 62(61), 8 は、収受される果実を賃料の担保とする合意がなされる法文で、ここでは本文にあるように、果実収受が所有権者の意思に基づくと言えないケースが提示されている。

D. 47, 2, 62(61), 8 AFRICANUS libro octavo quaestionum.

Locavi tibi fundum, et (ut adsolet) conveni, ut fructus ob mercedem pignori mihi essent, si eos clam deprotraveris, furti tecum agere posse aidebat. Sed et si tu alii fructus pendentes vendideris et emptor eos deportaverit, consequens erit, ut in furtivam causam eos incidere dicamus. etenim fructus, quamdiu solo cohaerent, fundi esse et ideo colonum, quia voluntate domini eos percipere videatur, suos fructus facere. quod certe in proposito non aequè dicitur: qua enim ratione coloni fieri possint, cum emptor eos suo nomine cogat?

アーフリカヌス『設問集』第八卷

私が、汝に土地を賃貸し、(通例そうであるように) その果実は賃料のために私が質権を有しているという合意がなされる。もし汝が果実を内密に持ち去ったなら、汝に私は窃盗訴権で訴えることができると述べていた。しかしたとえ汝が実っている(pendenti) 果実を売り、買主が持ち去ったのだとしても、果実は窃盗の事件〔盗物〕になると我々は言うことになる。果実が土地に付着している間は土地のものであり、従って、賃借人は、所有権者の意思により、果実を収受すると考えられるから、果実を彼のものにする。このことは、確かに、ここで提示されたことについては同じようには言われないこと。買主が自己のために与るときには、いかなる理由で賃借人のものになりうるのか。

- (89) この D.21.2.66 pr. 法文に対する註釈の事案説明 (CASUS) はこうである。「私が汝に土地を売り、追奪について問答契約を行ったところ、汝は汝の過失なく、占有を奪われた。私は取戻請求を考え、汝は私に助けるように告げた。私はあえてプーブリキウス訴権つまり準訴権で訴えよと述べたが、汝は私の助言を聞き入れずに、本来訴権で訴え敗訴した。汝は追奪について訴えてはならない。第二に、抵当訴権で訴えるように汝に私が助言し、汝がそうしなかったとしても、にもかかわらず、汝は追奪で訴える。なぜなら、汝にはそれ〔抵当訴権〕は帰属することはいなかったものであり、抵当物の所有権を買主から取得するとも考えもしなかったであらうから」(ヴァウアーナー)。CASUS. Vendidi tibi fundum, & de evictione promisi, a possessione sine tua culpa cecidisti. volebam vindicare, & ideo mihi denuntiasti ut assisterem. ego dixi. age audacter Publiciana, vel utili in rem. tu vero meo consilio non credidisti: sed directa in rem egisti, & suscepisti. De evictione non ages. Secundo, si tibi consului ut hypothecaria ageres, & non fecisti: nihilominus agis de evictione. neque enim ea tibi competeat, neque eius pignoris dominum per emptorem quaerere crederas . . . VIYIA. 「裸の〔果実収受権のない〕占有を奪う」に対する註釈には、「なぜなら奪う者には、裸の〔占有〕つまり、買主が売買によって取得しようとする所有権のないものであるから。しかし所有物取戻訴権によるのは、所有物をつまり所有権に基づいて物を取り戻すのである」(C.3.19.1) t. Avocat. sc(ilicet) quia penes advocantem nuda est, id est sine domino, quod intendit quaerere emptor per emptiorem: sed per rei vin. vindicat quis dominum, id est rem ratione domini;

(90) キュジャース『パービニアース設問集注解』に見られるD.21.2.66pr.の解説(『全集』第四卷 col.701)をここに挙げておく。it C. ubi in rem actio. l. j. とあり、他の文言に対する註釈も(二)でファールが問題にしているような解釈は見受けられない。

こう。「追奪がなされたときに買主が売主から担保されるための二倍額の問答契約の効果が生じる、つまりそれに基づき訴えることができるのは、単に、物が、占有している買主から裁判により追奪されたときのみならず、買主が占有者から請求者となつたとき、そのほか、自己の過失なく占有を失い敗訴したときでもあることを知らねばならない(D.21.2.19, 1)」。買主の故意または過失により占有が失われたのであれば、そうではない(D.21.2.29, 1)。なぜならこの場合過失が彼に害とならねばならず、それまでその支配に物を有している売主の過失が問われる必要さえないからである。実際、「有している」とは「占有している」ことであり、この問答契約の方式は、「正当に持つことを認めるか、二倍額を賠償すること」habere recte licere, aut duplam praestare であるから。この法文で示されていることはやはりそうではない。というのも、買主は、自己の過失なくその占有を失った物を請求しようとしたところ、最初に、売主から、本来取戻訴権で請求せずに、プーブリキウス訴権またはD.6.3で提示されているウエクティールガル訴権つまり永借訴権で訴えるように注意を受けており、これらの訴訟では優位にたつが、本来取戻訴権では、不利であることを(「売主が」)注意していたのに、本来取戻訴権での訴えを望み、注意を聞き入れなかったの、彼が物を請求した相手方である占有者が免訴され、敗訴した場合であるから。この場合も、追奪のための二倍額の問答契約の効果は生じない。というのも、故意に不適切な訴権を利用する者が自らの落度で敗訴したのであり、その訴権に反対する注意を売主から受けていた。それなら、彼は最高の根拠を有し、勝訴し、売主は追奪による二倍額の責めを負うことになったであろう。もし最初に売主が注意しておらず、買主自身が、自発的に本来訴権で訴え敗訴し、後に、注意を受けてプーブリキウス訴権やウエクティールガル訴権で訴えることを望まなくとも、やはり同じである。なぜなら、指摘しておかねばならないことであるが、もし法務官法上の準訴権であるプーブリキウス訴権または、永借地について付与されるウエクティールガル訴権で後に訴えれば、所有権訴訟 *proprietas iudicium* で敗訴となつた者に、既判力の抗弁は害とならないから。そしてD.31.2.39, 1はこのことが正しいことを明白に示している。たとえアックルソが、誤って、この法文に疑義をさしはさむにせよ、何ら疑われるようなことを付言していない。この判断の根拠は全くもって明白である。なぜならプーブリキウス訴権の原因と市民法上の本来所有物取戻訴権の原因とは別であるから。原因が別であるなら、一方を有していない者は、後に別の訴えを行うことが禁じられていない。市民法上の本来所有物取戻訴権の原因は所有権である。プーブリキウス訴権は、正当な占有であり、ウエクティールガル訴権は永借権である。従って、これらの訴権の根拠は異なっており、互いを消滅させない(D.44.2.14)。既判力の抗弁が妨げとなるかが問われれば、さらに、請求原因が同じかを見なければならぬ。なぜならもし同じならば抗弁が妨げとなり、もし別であ

れば、何も妨げとならず、D.44,2,27 法文が述べているように、訴権の最も近い原因が問われなければならないからである。それは、アリストテレースが『形而上学』第八第四章で、常に最も近い原因が問われなければならないこと、物に特有なのは最も近い原因であると示しているようにであり、取戻訴権に特有の原因は所有権、プーブリキウス訴権の原因は、法務官が、占有が失われたとき、所有権 *proprietates* のように保護する善意占有である。従って次のように結論を導かなければならない。最初からあれ、後にであれ、買主が売主により、本来訴権ではなくむしろプーブリキウス訴権またはウエクティールガル訴権で訴えるように注意され、注意を無視し、本来訴権で訴え敗訴すれば、二倍額の問答契約の効果は生じない。物に対して抵当権を有している売主が、何ら他の権利も有しておらず、買主に、セルウィウス訴権つまり抵当訴権で訴えるように注意したときは、同じことは言われてはならないことが、パービニアースによって付け加えられている。なぜなら、たとえ買主が注意に従わなくとも、彼の名では、正当に、セルウィウス訴権で訴えることができないので、二倍額の問答契約の効果が生じないわけではないからである。彼の名義でできないなら、他の者の名義でもできない。実際、「セルウィウス訴権つまり抵当訴権は」抵当権が設定されている者だけに帰属しており、買主に移転しないのである。所有権、またはウエクティールガル権、地上権、プーブリキウス訴権が目的とする善意占有者の権利といった、所有権に類似または近似のものは、買主に移転する。しかし、抵当権は買主に移転せず、裸の占有ではなく、所有権または所有権に準じるもの *quasi dominium* を奪う対物訴権が移転するのである。セルウィウス訴権はなるほど対物訴権であり (D.20,1,17) 人を拘束するのではなく、抵当物を追求するのではあるが (C.8,31,2) しかし裸の占有を奪うものであり、所有権に類似の「何らかの安定した永続的な権利を〔奪うの〕ではない。なぜなら金銭が弁済されれば債務とセルウィウス訴権は消滅する (D.21,2,35)。債務が消滅するには、この債務額が買主ではなく売主に弁済される必要がある、このことから、金銭がまだ弁済されていなければ、売主だけがセルウィウス訴権を行使できるのであり、買主ではないことは明白である。従って、注意を受けたが、それをするのが不可能であった者が、セルウィウス訴権で訴えなかったにせよ、売主は買主を責めることはできない。それ故、もし「買主が」勝訴しなければ、二倍額の問答契約に基づき、売主に対して、償還権を有する。所有権に結び付いた、所有権のような、あるいはより簡潔に「言う」と、永続的な権利に結び付いた占有と裸の占有とは別である。抵当権は永続的な権利ではなく、弁済により消滅されるものであり、弁済に代わるものである。」

(Sciendum est, stipulationem duplice, qua emptor sibi a venditore cavet evictionis nomine committi, id est, ex ea agi posse, non tantum, si possidenti emptori res iudicio evicta sit, sed si etiam emptor ex possessore petitor factus sit, casu aliquo amissa possessione sine culpa sua, & victus fuerit, l. 19. §. 1. *hoc tit.* (D.21,2,19,1) Secus est, si culpa aut sponte emptoris possessio amissa sit, l. si *rem quam* §. 1. *h. tit.* (D.21,2,29,1) quia hoc casu, culpa ei obesse debet, neque etiam intervenire oportet culpam

venditoris, qui rem adhuc habet in potestate sua: habere enim est possidere, & stipulationis huius formula haec, *habere recte licere, aut duplum praestare*. Item secus est, quod ostenditur initio *h. l.* si initio, cum vellet emptor rem petere, cuius possessionem amisit sine culpa sua, a venditore admonitus fuerit, ne eam peteret directa vindicatione, sed Publiciana, aut vectigali, id est, emphyteuticaria, quae proponitur in tit. *si ager vectigalis, id est, emphyt. petatur*, si admonuerit, his iudiciis superiorem eum fore, directa vindicatione inferiorem, & tamen emptor voluerit agere directa vindicatione, nec admonitioni venditoris audiens fuerit, atque ita superatus sit absoluto possessore, a quo rem peterat. Nam hoc quoque casu, non committitur stipulatio duplae ob evictionem, quia vitio suo litem amisit dolo malo utens actione incongrua, contra quam admoneretur a venditore, quo magis vinceret, & venditorem sibi obstringeret evictione duplae, quod rationem summam habet. Idem etiam erit, si ab initio emptor non fuerit admonitus, a venditore, sed ipse emptor ultro egerit directa, & victus fuerit, ac postea admonitus noluerit agere Publiciana aut vectigali. Nam quod notandum, victo in proprietatis iudicio, non obstat exceptio rei iudicatae, si postea agat Publiciana, quae est utilis praetoria, aut vectigali, quae de agro emphyteuticario proponitur. Et hoc esse verum aperte ostendit *lex minor, §. si servus, h. l.* (D. 21, 2, 39, 1) Quamvis Accursius, id eo loci frustra revocet in dubium: nihil enim adfert quo quinquam in dubium plane vocet. Et huius sententiae ratio est evidentissima, quia alia est causa Publicianae, alia civilis & directae vindicationis. Si alia est causa, ergo, qui una non obtinuit, non prohibetur venire postea ad alteram: civilis & directae vindicationis causa est proprietatis: Publicianae iusta possessio: vectigalis, ius emphyteuticum. Diversae igitur sunt harum actionum causae, ergo alia aliam non elidit, in *l. & eadem, de except. rei iud.* (D. 44, 2, 14) Cum quantur, an obstat exceptio rei iudicatae, videndum est, an eadem sit causa petendi denno. Nam si sit eadem, obstat exceptio: si sit alia, nihil obstat, & quaerenda causa actionis proxima, ut ait lex, *cum de hoc, de except. rei iud.* (D. 44, 2, 27) ut Aristot. monet in 8. cap. 4. Metaphysicor. semper esse quaerenda *τὰ ἐγγύστερα αἰνῶ*, id est, *proximas causas*, & eam esse proximam causam, quae rei est propria, ut propria causa vindicationis est dominium: Publicianae bonae fidei possessio, quam praetor tuetur perinde ac proprietatem si amissa sit casu quodam. Ergo ita concludamus: sive initio sive postea admoneatur emptor a venditore, ut agat potius Publiciana, aut vectigali, quam directa, & admonitioni locum non reliquerit, sed egerit directa, & succubuerit, non committitur stipulatio duplae. Additur hoc loco a Papiniano, non idem esse dicendum, si venditor, cui ea res erat pignerata, nec ullum aliud ius habebat, admonerit emptorem ut ageret Serviana, id est hypothecaria: nec enim ideo minus committitur stipulatio duplae, etiamsi admonitioni emptor non paruerit, quia recte agere non potuit suo nomine actione Serviana: si non potuit suo, nec alterius igitur nomine. Competit enim ei tantum, in cuius persona pignus

constitutum est, nec transit in emptorem: dominium transit in emptorem: vel quod dominio simile vel proximum, veluti ius vectigale, superficiarium ius, ius bonae fidei possessoris quod parit Publiciana: non transit ius pignoris in emptorem, transeunt actiones in rem, quae non avocant nudam possessionem, sed dominium vel quasi dominium. Actio serviana est quidem in rem, *l. pignoris, de pig.* (D.20, 1, 17) quae personam non obligat, sed sequitur rem pignoratam, *l. 2. C. si unus ex plurib. hered.* (C.8, 31, 2) sed nudam possessionem avocat, non ius aliquod stabile & perpetuum, quod sit dominio simile: nam & soluta pecunia dissolvitur obligatio & actio Serviana, *l. evictis autem, hoc tit.* (D.21, 2, 35) Quam quidem pecuniam debitam, ut dissolveretur obligatio, solvi oportet venditori, non emptori, ex eo satis apparet, venditorem solum posse experiri actione Serviana, nondum sibi soluta pecunia, non etiam emptorem. Ergo non est quod imputet venditor emptori, si monitus non egerit Serviana, qui nec potuit: & ideo si non obtinuerit, habet regressum adversus venditorem ex stipulatione duplae. Alia igitur est possessio nuda, alia coniuncta dominio aut veluti dominio, aut brevius, coniuncta iuri perpetuo: ius hypothecae non est perpetuum, quod solutione dissolvitur, & alio genere, quod sit solutionis vice.)

- (91) 準所有権としての表現を非難する論者があるが、代替的な用語が利用可能な場合がある。cf. Grossi, *La categoria and Feenstra, Les origines.* フェーヴルはこの点で徹底した批判者であるが、分割所有権を導き出すための論理が『ローヤ法大全』には多少なりとも存在しないというのや、むしろした論理は推論であるが用語がなにかといふ主張との違いにならぬ。

- (92) Concludendum igitur est, utiles in rem actiones dici non ratione utilius domini utiles, sed ad differentiam actionum directarum, quia cum directae non competant nisi ratione domini, aut bonitarii, aut Quiritarii, utiles e contrario competunt, non ex causa domini alicuius, sed ex eo iure quod quis habent in re aliena, cum ius tale est ut non possit ab eo invito auferri, non magis quam si cum possessione dominium coniunctum inveniretur. Tale porro ius habent emptor, superficies, vectigalis fundi possessor, vassallus, & alii qui sunt similes, quibus quod non sint domini actionem directam denegamus, sed ita tamen ut utilem iis propter ius quod in re habent, domino quoque invito, in ipsum etiam dominum concedamus.

- (93) 所有権と他物権との峻別にこころい、近世自然法論の役割を強調するものとして R. Feenstra, *Dominium and ius in re aliena: The Origins of a Civil Law Distinction*, in: *New Perspectives in the Roman Law of Property, Essay for Barry Nicholas* (1989) p. 112-122 がある。フェーンストラはこの脚注(91)で、フェーヴルは永借権者などは準訴権を有するが、それは何らかの所有権に基づくわけではなく、他物権に基づいてのことであると述べていることを指摘している。フェーヴルはまさにこの他物権と所有権との峻別を行っている。ちなみに、テイボーは、他物権という概念を三つにわけて、用益権（収益権のない単なる

Proprietas = Recht としたの) 担保物権、そして第三のカテゴリーとして収益権付きの担保物権、封臣の権利、永借権および地上権を挙げているが、これらを包括する一般的な概念はないとする。Thibaut, Ueber dominium, S. 92.

(この論稿作成にあたっては南山大学パツへ研究奨励金Ⅰ-Aの研究助成を受けている。)